This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

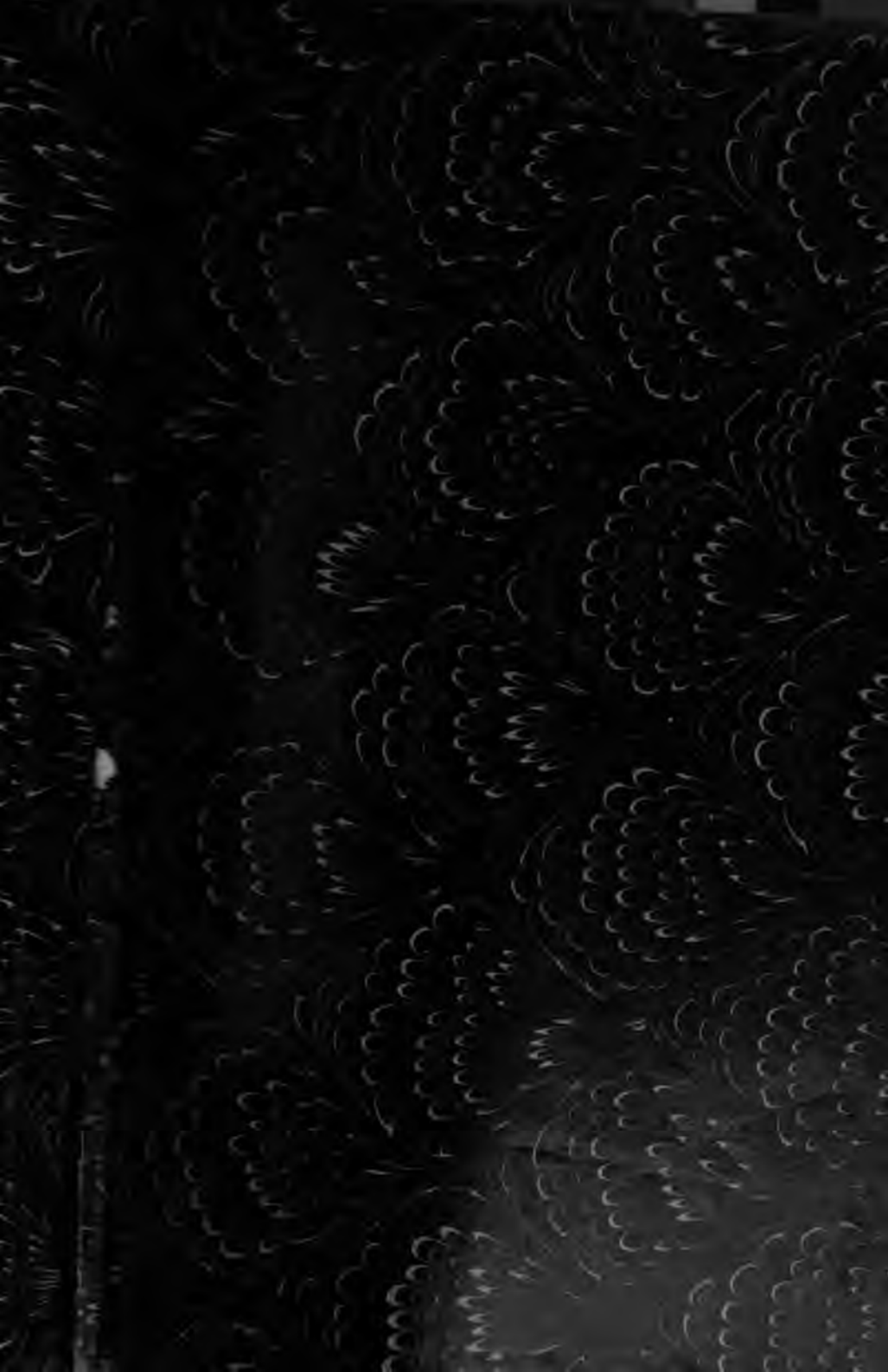
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 197 448

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 23 1910



GERMANY
100

Pandekten.

Erster Band.

Allgemeiner Teil und Sachenrecht.

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Erster Band.

Allgemeiner Teil und Sachenrecht.

Siebente, verbesserte Auflage.

Unter Mitwirkung
von
Johannes Biermann,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Gießen.

Berlin 1902.
Verlag von H. W. Müller.
(W.) Potsdamerstr. 121 k.

FOR TX
D436p
Ed.7

Alle Rechte vorbehalten.

FEB 23 1910

Vorwort zur siebenten Auflage.

Als ich wenige Wochen vor dem Inkrafttreten des B.G.B. an dem Wendepunkte des deutschen bürgerlichen Rechtes dieses Werk nicht ohne Zagen und doch mit Vertrauen neu herausgab, fügte ich ihm einleitende Worte hinzu, die ich auch heute wiederhole.

Noch einmal erscheinen Dernburgs Pandekten in neuer Gestalt. Manchem wird dies wunderbar vorkommen. Denn die alte Überlieferung ist abgebrochen, der Lehrvortrag über Pandekten, einst der Mittelpunkt der ziviliſtischen Studien, das wichtigste Bildungsmittel für die Studierenden des Rechtes in Deutschland und für zahlreiche Nichtdeutsche, ist verstummt. An die Stelle trat eine Vorlesung von zweifelhafter Bedeutung: „das System des römischen Rechtes", welche in der Regel nichts anderes bietet, als die dereinstigen Institutionen des justinianischen Privatrechtes. Soll doch schon im zweiten Semester des juristischen Studiums die Vorlesung über das B.G.B. beginnen, von welcher man verlangt, daß sie außer dem neuen Recht auch das Recht der Vergangenheit, in dem es wurzelt, gründlich lehrt und damit noch die Darstellung der sich erhaltenden landesrechtlichen Rechtsinstitute verbindet. Ein hohes Ziel, aber eine unmögliche Anforderung!

Weder das Recht der Vergangenheit, noch dasjenige der Gegenwart ist auf diesem Wege ausreichend zum Verständnis zu bringen. Das Recht des B.G.B. ist so schwierig, es ist so reich an besonderen Bestimmungen, es trägt so viele Streitfragen von praktischer Bedeutung in seinem Schoße, daß die Vorlesung über dasselbe, wenn sie nur einigermaßen den wissenschaftlichen Anforderungen und dem Zweck einer Vorbildung für die Praxis genügen soll, sich ganz und voll dem B.G.B. zuwenden muß,

derart, daß sie zwar das Recht der Vergangenheit voraussetzt und auf dessen Kenntnis fußt, aber nicht erst die fehlende Grundlage herstellt.

Schon die kurze Erfahrung seit Erlaß der neuen Studienordnungen zeigt die Befürchtung als nicht unbegründet, daß oft in der Vorlesung über das neue bürgerliche Recht auf Fundamente gebaut werden muß, welche bei den Hörern nur unsicher oder gar nicht vorhanden sind. Wohl wendet sich die Jugend mit Begeisterung dem neuen vaterländischen Rechte zu, aber leicht wird ihre Kraft erlahmen, wenn sie inne wird, daß ihr die Voraussetzungen fehlen, um des spröden Stoffes Herr zu werden.

Soll dies der dauernde Zustand bleiben? Wird sich der wissenschaftliche Sinn der Nation hiermit auf die Länge begnügen? Soll unsere Jugend an die Paragraphen des Gesetzes geschmiedet werden nach kümmerlicher Vorbildung? Die Aufgaben, welche das neue Recht an den deutschen Richter stellt, sind so unvergleichlich schwierige, so außerordentlich verantwortungsvolle, daß sie nur bei gründlichster Vorbildung auch nur annähernd gelöst werden können. Hierzu gehört aber eine genaue Kenntnis des römischen und gemeinen Rechtes, wie des deutschen Privatrechtes und ein Eindringen in deren Wesen und Geist.

Daß der Verfasser an einer günstigen Lösung nicht verzweifelt, zeigt die Veranstaltung der neuen Auflage dieses Buches.

Dasselbe ist dazu bestimmt, ein ernstliches Studium des römischen Rechtes als eines der Grundelemente der Rechtswissenschaft und der menschlichen Kultur zu erleichtern und zu fördern. Nicht beim justinianischen Rechte bleibt es stehen. Sein Zweck ist auch, die Weiterbildung dieses Rechtes, wie sie sich im Mittelalter in gewaltiger Geistesarbeit anbahnte, zu berücksichtigen, und vor allem die glänzenden Ergebnisse deutscher Wissenschaft und deutscher Praxis auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes zur Darstellung zu bringen.

Damit kann sie aber auch eine geschichtliche und dogmatische Einführung in das B.G.B. geben, nicht so, daß es dessen Einzelheiten erörtert, aber uns dessen Wesen verständlich macht.

Als vor und nach Beginn des 19. Jahrhunderts die großen Gesetzbücher über bürgerliches Recht in Kraft gesetzt wurden, sollte Wissenschaft und Lehre keineswegs hierbei stehen bleiben. Man gedachte sie durch das Naturrecht zu beleben, zu vervollständigen und zu vergeistigen. Nach der heutigen Auffassung hat das Naturrecht diese Zauberkraft nicht. Aber auch die Texte der Gesetze können nicht genügen. Man erwartet das Heil von den Präjudizien der Gerichte, welche in massenhaften Sammlungen, in zahllosen Büchern und Zeitschriften bald gewaltig anschwellen werden. Wer aber führt uns in dem Chaos der Präjudizien?

Nur die leitenden Prinzipien, welche uns die geschichtliche Entwicklung des Rechtes zu erkennen lehrt, können uns die Beherrschung ermöglichen.

So ist es auch heute keine überflüssige Aufgabe, die Studierenden in die Wissenschaft des römischen und gemeinen Rechtes einzuführen, und auch der Praktiker wird hier Rüstzeug finden, um seines Berufs zu warten. Vor allem war es mir eine Freude, mich noch einmal in diesem Werk an die deutsche Jugend wenden zu können. Möge es auch unter veränderten Verhältnissen ein Echo finden!

Die neue, siebente Auflage ergibt, daß meine Hoffnung nicht getäuscht ist und daß dies Werk auch jetzt noch in weiten Kreisen als ein nützliches Hilfsbuch zu ernstem wissenschaftlichen Studium gilt.

Westend, 20. September 1902.

Heinrich Dernburg.

Vorwort zur ersten Auflage.

Den Jüngern und Freunden der gemeinrechtlichen Wissenschaft übergebe ich hiermit die ersten Teile einer Darstellung der Pandekten, die ich in kurzer Frist zu vollenden hoffe. Seit Jahren stand der Gedanke dieses Werkes vor mir. Aber zunächst nahm mich eine andere wichtige Aufgabe in Anspruch. Als diese im wesentlichen gelöst war, schien es mir kaum möglich bei der vielfachen Tätigkeit, die mir obliegt, Zeit und Kraft zu gewinnen, um eine Darstellung der Pandekten würdig zu vollenden.

Doch der Gedanke ist mächtiger geworden als die Bedenken, die ihm entgegenstanden. Sowie ich die Arbeit begonnen hatte, war ich durch sie gefangen. Welche Befriedigung, den Stoff, den ich oftmals vorgetragen hatte, nunmehr nach allen Richtungen mit gespannter Kraft durchzudenken, Zweifel zu lösen, welchen ich bisher nicht auf den Grund gehen konnte, Anschauungen feste Gestalt zu geben, die bisher nur unbestimmtere Umrisse bei mir hatten! Nicht wenige Grundgedanken konnte ich in meinem Buche über preußisches Privatrecht nur andeuten. Nun erst hatte ich Gelegenheit, sie näher zu entwickeln, hie und da richtiger zu bestimmen. Denn die Erörterung der Grundbegriffe kann zum großen Teile nur

auf dem Boden des gemeinen Rechtes geschehen. Vor allem war mir wichtig, daß ich manches weiter ausführen durfte, was ich in meinen Vorlesungen über Pandekten nur kurz berühren konnte.

Der studierenden Jugend ist dieses Werk bestimmt. Gelingt es mir, sie im Studium zu fördern, so ist sein Ziel erreicht. Sollte auch der in der Praxis stehende Jurist in dem Buche Anregung und Unterstützung finden, so wäre dies hocherwünscht.

Dreierlei scheint mir erforderlich, damit ein Buch über Pandekten den Zweck der Förderung des wissenschaftlichen Studiums voll erreicht.

Ein solches Buch soll eine Anleitung zum gründlichen Studium des corpus juris civilis, insbesondere der justinianischen Pandekten geben. Sobald wir tiefer in dieses Werk einzudringen versuchen, scheiden sich die einzelnen Juristen, deren Aussprüche aufgenommen sind, scharf und bestimmt als Individualitäten. Auch dem Studierenden sollten wir die alten Meister des Pandektenrechtes in ihrer Eigenart vorführen; er soll die einzelnen — einen Celsus, Papinian, Paulus und viele andere — achten und verehren lernen. Um dies anzubahnen, sind in diesem Buche zahlreiche Kernsprüche der klassischen Juristen abgedruckt, keineswegs bloß um als Belegstellen für unsere Ausführungen zu dienen. Sie sollen dem Studierenden vertraut werden, wie die Worte unserer literarischen Klassiker, sie mögen zu einem dauernden Besitz desselben werden. Und wenn er sich der trefflichen Aussprüche freut, so sollen ihm auch die Namen derer gegenwärtig sein, denen er sie verdankt. Aus diesem Grunde ist hier jedem vollständig abgedruckten Spruch der Name seines Urhebers beigefügt. So wird, wie ich hoffe, mancher angeregt, über das beschränkte Material, welches hier angeführt werden kann, hinauszugehen und die Quelle selbst in die Hand zu nehmen.

Die Pandekten sollen ferner nicht in einer dürren Dogmatik bestehen; die Rechtssätze, um die es sich hier handelt, haben eine Entwicklungsgeschichte, die über zwei Jahrtausende hinausreicht. In einem zusammenfassenden Werke kann dies nicht in das Detail hinein durchgeführt werden. Aber bei jedem Schritt sollen wir bewußt beiben, daß wir auf historischem Boden stehen, daß es sich hier um die Geistesarbeit vieler Generationen handelt. Das Gewinnen dieser Anschauung ist das wichtigste Resultat, welches das juristische Universitätsstudium erzielen kann.

Aus dem historischen Rahmen muß endlich das praktische Recht breit und konkret hervortreten. Denn die Pandekten sind nicht eine bloß historische Lehre. Sie haben von jeher das System des geltenden Privatrechtes dargestellt. Diese Aufgabe müssen sie festhalten. Daher muß

auch die Einwirkung des heutigen Reichsrechtes auf das System beachtet werden, nicht bloß hier und da in mehr dilettantischer Weise, sondern folgerecht und planmäßig. Dabei handelt es sich nicht um Anführung jeder Einzelheit, sondern um das, was für das System von einschneidender Bedeutung ist. Auch die Praxis des Reichsgerichtes ist in den Bereich der Betrachtung zu ziehen. Hier tritt die Bedeutung der theoretischen Sätze besonders lebhaft hervor. Es ist dies ein Element, welches, richtig gewürdigt, auch dem theoretischen Studium förderlich sein kann.

Neben der Geschichte und dem praktischen Rechte darf die Leuchte der Philosophie nicht fehlen. Aber Herrin darf sie auf dem Gebiete des positiven Rechtes nach meiner Ansicht nicht werden.

Dies Buch ist nicht dazu bestimmt, die ausgezeichneten Werke zu verdrängen, die wir auf dem Gebiete des Pandektenrechtes von den bedeutendsten Juristen der Gegenwart besitzen. Insbesondere war nicht beabsichtigt, die Zusammenstellung der neueren Literatur zu wiederholen, welche Windscheid in so vortrefflicher und fleißiger Weise gibt. Hier sollte vorzugsweise hervorgehoben werden, was für den Studierenden von besonderer Wichtigkeit ist.

Manche literarische Erscheinung, die mir diesem Zweck nicht zu dienen schien, ist daher nicht erwähnt. Ich bitte, daraus nicht zu schließen, daß sie mir unbekannt blieb. Immerhin mag das eine oder andere übersehen sein. Es ist dies sicherlich nicht der einzige Mangel des Buches. Möchte ihm freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurteilung zu teil werden!

Berlin, 3. März 1884.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Literatur.

Seite

§ 1. Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes 1

Erstes Kapitel. Die Bestandteile des gemeinen Rechtes.

§ 2. Übersicht 4

I. Das römische Recht.

A. Die Rezeption des römischen Rechtes.

§ 3. Geschichte der Rezeption des römischen Rechtes 4
§ 4. Das Maß der Rezeption des römischen Rechtes 7
§ 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen 10

B. Das corpus juris civilis.

§ 6. Charakter der justinianischen Kodifikation 12
§ 7. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Zitiermethode 13
§ 8. 1. Die Institutionen 15
§ 9. 2. Die Pandekten 16
§ 10. 3. Der codex constitutionum 19
§ 11. 4. Die Novellen 21

II. Das kanonische Recht.

§ 12. 1. Das corpus juris canonici 22
§ 13. 2. Die Rezeption des kanonischen Rechtes in Deutschland 24

III. Die einheimischen Rechtsquellen.

§ 14. Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes 25
§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches . 27

Zweites Kapitel. Literatur des Pandektenrechtes.

§ 16. Die zivilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert 29
§ 17. Naturrechtliche und historische Schule 34
§ 18. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel 38

Seite

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt. Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

Erstes Kapitel. Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Einteilungen.

§ 19. Das Wesen des Rechtes im objektiven Sinne 41
§ 20. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale 42
§ 21. Öffentliches und privates Recht 44
§ 22. Klassifikation der Privatrechte 46

Zweites Kapitel. Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 23. Die rechtsbildenden Faktoren 50
§ 24. a) Gesetzgebung. Römisches Recht 51
§ 25. Gesetzgebung in Deutschland 53
§ 26. b) Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur 56
§ 27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes 57
§ 28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes 60
§ 29. c) Gerichtsgebrauch 62
§ 30. Außerkrafttreten der Gesetze 64

Drittes Kapitel. Arten der Rechtsnormen.

§ 31. Zwingende Gesetze 66
§ 32. Nichtzwingende Gesetze 69
§ 33. Singuläres Recht. Historische Anomalien 70

Viertes Kapitel. Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 34. Die Grundsätze der Interpretation 72
§ 35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation 74
§ 36. Interpretation des corpus juris civilis 77
§ 37. Authentische Interpretation 81
§ 38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache 82

Fünftes Kapitel. Recht im subjektiven Sinne.

§ 39. Begriff. Der Anspruch 85
§ 40. Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut 88
§ 41. Die Ausübung der Rechte 88
§ 42. Kollision der Rechte 90

Sechstes Kapitel. Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 43. Ausschließung der Rückwirkung 92
§ 44. Rückwirkende Gesetze 96

B. Internationales Privatrecht.

§ 45. Allgemeine Grundsätze 97
§ 46. Personalstatuten. Domizil 100

Seite
§ 47. Ortsrecht der belegenen Sache 103
§ 48. Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte . 105

Zweiter Abschnitt. Das Rechtssubjekt.

§ 49. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit 107

Erstes Kapitel. Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 50. Beginn und Ende der Persönlichkeit 109
§ 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung 114

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene 117
§ 53. Die Altersstufen. Römisches Recht 118
§ 54. Altersstufen. Gemeines Recht, Reichsrecht 122
§ 55. Rechtsstellung der Frauen 124
§ 56. Geisteskranke 125
§ 57. Verschwender 127
§ 58. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung 129

Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 59. Verhältnis der juristischen zur physischen Person 134
§ 60. Korporationen 137
§ 61. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft 139
§ 62. Anstalten und Stiftungen 143

B. Entstehung und Ende.

§ 63. Begründung der juristischen Person 145
§ 64. Ende der juristischen Person 147

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 65. Die Rechtsstellung der juristischen Person 149
§ 66. Repräsentation der juristischen Person 152

Dritter Abschnitt. Von den Rechtsobjekten.

I. Vermögen und Vermögensbestandteile.

§ 67. Körperliche, unkörperliche Sachen 154
§ 68. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen. Sachgesamtheiten und Sondervermögen 156

II. Die res extra commercium.

§ 69. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen 159
§ 70. 2. Res divini juris 161
§ 71. 3. Die öffentlichen Sachen 163
§ 72. Öffentliche Wege 165
§ 73. Flüsse, Seen 166

Seite

III. Arten der körperlichen Sachen.

§ 74. Immobilien und Mobilien 169
§ 75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen 171
§ 76. Teilbarkeit der Sachen 172
§ 77. Pertinenzen 174
§ 78. IV. Frucht und Kapital 176

Vierter Abschnitt. Rechtserwerb und Rechtsverlust.

Erstes Kapitel. Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§ 79. Die juristischen Tatsachen 180
§ 80. Der Rechtserwerb 181
§ 81. Succession. Abgeleiteter Erwerb 183
§ 82. Das Datum der Rechte 186
§ 83. Veränderung und Endigung der Rechte 187
§ 84. Anerkennung und Genehmigung 190
§ 85. Privilegien 193

Zweites Kapitel. Rechtlich wichtige Momente der Tatbestände.

I. Unrecht. Irrtum.

§ 86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden 196
§ 87. Unwissenheit und Irrtum 200

II. Zeit.

§ 88. Zivilkomputation und Naturalkomputation 203
§ 89. Die Zivilkomputation im einzelnen 205
§ 90. Tempus continuum und utile 208

Drittes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.

I. Begriff. Arten.

§ 91. Begriff des Rechtsgeschäftes 210
§ 92. Hauptarten der Rechtsgeschäfte 214

II. Bestandteile des Rechtsgeschäftes.

§ 93. Die Essentialien des Geschäftes 217
§ 94. Beweggründe 218
§ 95. Die Zwecke der Vermögenszuwendungen 219

III. Willenserklärung.

§ 96. Bedeutung der Willenserklärung 221
§ 97. Formelle und formlose Geschäfte 222
§ 98. Erklärung bei formlosen Geschäften 224

IV. Willensmängel.

§ 99. Die Bedeutung des Willensmomentes 228
§ 100. Simulierte, dissimulierte, fiduziarische Geschäfte 230
§ 101. Geschäftsirrtum. Einleitung 233
§ 102. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrtum 235
§ 103. Zwang 239
§ 104. Betrug 243

Seite

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.

§ 105. Wesen der Bedingungen 245
§ 106. Form und Arten der Bedingungen 248
§ 107. Uneigentliche Bedingungen 250
§ 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung 252
§ 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand 254
§ 110. Die Entscheidung der Bedingung 256
§ 111. Rechtsfolgen der Entscheidung 258
§ 112. Resolutivbedingungen 261

b) Zeitbestimmungen.

§ 113. Gewisse und ungewisse Zeit 264
§ 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen 265
§ 115. c) Modus. Voraussetzung 267
§ 116. d) Allgemeines über Nebenbestimmungen 270

VI. Stellvertretung.

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung 272
§ 118. Stellvertretung nach römischem Rechte 275
§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte 277

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 120. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 281
§ 121. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte 284
§ 122. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte 285

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 123. Auslegung 286
§ 124. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht 288

Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel. Selbsthilfe und Rechtshilfe.

§ 125. Selbsthilfe 290
§ 126. Rechtshilfe 293

Zweites Kapitel. Die Klagerechte.

§ 127. Begriff des Klagerechtes 295
§ 128. Das römische Aktionensystem 297
§ 129. Persönliche und dingliche Klagen 300
§ 130. Strafklagen. Popularklagen 302
§ 131. Kondiktionen, bonae fidei judicia 303
§ 132. Actio simplex und duplex 306
§ 133. Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen 307
§ 134. Feststellungsklagen 309
§ 135. Verwandte und konkurrierende Klagen 311
§ 136. Endigung der Klagerechte 315

Drittes Kapitel. Die Exzeptionen.

§ 137. Begriff der Exzeptionen und Repliken 317
§ 138. Arten der Exzeptionen 320

Seite

Viertes Kapitel. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 139. Begriff der Restitution 324
§ 140. Verletzung 326
§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe 327
§ 142. Restitution gegen notgedrungene Versäumnisse 330
§ 143. Durchführung der Restitution nach römischem Rechte 333

Fünftes Kapitel. Die Klagenverjährung.

§ 144. Die Verjährung im allgemeinen 335
§ 145. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung 337
§ 146. Beginn der Klagenverjährung 340
§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung 343
§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung 345
§ 149. Bona fides 348
§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung 349

Sechstes Kapitel. Die Streitsache und ihre Verhandlung.

I. Methode der Individualisierung.

§ 151. Römische Individualisierung der Streitsache 352
§ 152. Individualisierung der Streitsache nach heutigem Rechte 354

II. Veränderungen der Streitsache während des Prozesses.

§ 153. Litiskontestation und Klageerhebung 357
§ 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurteilung 359
§ 155. Veräußerung des Streitobjektes 363

III. Die Verhandlung der Streitsache.

§ 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß 364
§ 157. Der Klagevortrag 366
§ 158. Verteidigung 367
§ 159. Die Beweislast 368
§ 160. Die unvordenkliche Zeit 371

IV. Das Urteil über die Streitsache.

§ 161. Formelle und materielle Rechtskraft 373
§ 162. Die exceptio rei judicatae 375
§ 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht 378
§ 164. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte 381

V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

§ 165. Das römische Kompromiß 382
§ 166. Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht 384

Siebentes Kapitel. Sicherung von Ansprüchen.

§ 167. Kautionen und Missionen 387
§ 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen 389

Seite

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.

§ 105. Wesen der Bedingungen . . . 245
§ 106. Form und Arten der Bedingungen . . . 248
§ 107. Uneigentliche Bedingungen . . . 250
§ 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung . . . 252
§ 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand . . . 254
§ 110. Die Entscheidung der Bedingung . . . 256
§ 111. Rechtsfolgen der Entscheidung . . . 258
§ 112. Resolutivbedingungen . . . 261

b) Zeitbestimmungen.

§ 113. Gewisse und ungewisse Zeit . . . 264
§ 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen . . . 265
§ 115. c) Modus. Voraussetzung . . . 267
§ 116. d) Allgemeines über Nebenbestimmungen . . . 270

VI. Stellvertretung.

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung . . . 272
§ 118. Stellvertretung nach römischem Rechte . . . 275
§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte . . . 277

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 120. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit . . . 281
§ 121. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte . . . 284
§ 122. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte . . . 285

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 123. Auslegung . . . 286
§ 124. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht . . . 288

Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel. Selbsthilfe und Rechtshilfe.

§ 125. Selbsthilfe . . . 290
§ 126. Rechtshilfe . . . 293

Zweites Kapitel. Die Klagerechte.

§ 127. Begriff des Klagerechtes . . . 295
§ 128. Das römische Aktionensystem . . . 297
§ 129. Persönliche und dingliche Klagen . . . 300
§ 130. Strafklagen. Popularklagen . . . 302
§ 131. Kondiktionen, bonae fidei judicia . . . 303
§ 132. Actio simplex und duplex . . . 306
§ 133. Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen . . . 307
§ 134. Feststellungsklagen . . . 309
§ 135. Verwandte und konkurrierende Klagen . . . 311
§ 136. Endigung der Klagerechte . . . 315

Drittes Kapitel. Die Exzeptionen.

§ 137. Begriff der Exzeptionen und Repliken . . . 317
§ 138. Arten der Exzeptionen . . . 320

Seite

Viertes Kapitel. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 139. Begriff der Restitution 324
§ 140. Verletzung 326
§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe 327
§ 142. Restitution gegen notgedrungene Versäumnisse 330
§ 143. Durchführung der Restitution nach römischem Rechte 333

Fünftes Kapitel. Die Klagenverjährung.

§ 144. Die Verjährung im allgemeinen 335
§ 145. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung 337
§ 146. Beginn der Klagenverjährung 340
§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung 343
§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung 345
§ 149. Bona fides 348
§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung 349

Sechstes Kapitel. Die Streitsache und ihre Verhandlung.

I. Methode der Individualisierung.

§ 151. Römische Individualisierung der Streitsache 352
§ 152. Individualisierung der Streitsache nach heutigem Rechte 354

II. Veränderungen der Streitsache während des Prozesses.

§ 153. Litiskontestation und Klageerhebung 357
§ 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurteilung 359
§ 155. Veräußerung des Streitobjektes 363

III. Die Verhandlung der Streitsache.

§ 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß 364
§ 157. Der Klagevortrag 366
§ 158. Verteidigung 367
§ 159. Die Beweislast 368
§ 160. Die unvordenkliche Zeit 371

IV. Das Urteil über die Streitsache.

§ 161. Formelle und materielle Rechtskraft 373
§ 162. Die exceptio rei judicatae 375
§ 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht 378
§ 164. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte 381

V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

§ 165. Das römische Kompromiß 382
§ 166. Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht 384

Siebentes Kapitel. Sicherung von Ansprüchen.

§ 167. Kautionen und Missionen 387
§ 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen 389

Seite

Zweites Buch. Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung. Der Besitz.

Erstes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze.

§ 169. Begriff des Besitzes 391
§ 170. Der Schutz des Besitzes 394
§ 171. Die Entwicklung der Besitzinterdikte 397

Zweites Kapitel. Die Arten des Besitzes.

§ 172. Der juristische Besitz. Einleitung 400
§ 173. Die einzelnen Fälle des juristischen Besitzes 402
§ 174. Fälle bloßer Innehabung 404
§ 175. Bezeichnungen des Besitzes nach seinen Beziehungen zum Recht . . . 405

Drittes Kapitel. Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

§ 176. Allgemeine Voraussetzungen 407
§ 177. Ursprünglichkeit des Besitzerwerbes 408
§ 178. Die Apprehension 409
§ 179. Der Besitzwille 414
§ 180. Besitzerwerb durch Stellvertreter 416
§ 181. Besitzübertragung durch Erklärung 420
§ 182. Besitzverlust 423
§ 183. Verlust im Falle der Stellvertretung 426

Viertes Kapitel. Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 184. Wesen der Besitzklagen 428

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185. Das Wesen der besitzerhaltenden Interdikte 430
§ 186. Die ordentliche Besitzklage 432
§ 187. Das summariissimum 435

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 188. Römische rekuperatorische Besitzklagen 436
§ 189. Spolieneinrede und Spolienklage 438

Fünftes Kapitel. Rechtsbesitz.

§ 190. Servitutenbesitz 441
§ 191. Rechtsbesitz im gemeinen Rechte und im B.G.B. 442

Zweiter Abschnitt. Das Eigentumsrecht.

Erstes Kapitel. Begriff und Inhalt des Eigentumsrechtes.

I. Eigentum und gutgläubiger Besitz.

§ 192. Dingliche Rechte und Eigentum 443
§ 193. Bonitarisches, provinzielles Eigentum 447
§ 194. Der gutgläubige Besitz 450

Seite

II. Miteigentum.

§ 195. Begriff des Miteigentumes 454
§ 196. Rechtsstellung der Miteigentümer 457
§ 197. Die Teilungsklage 460

III. Inhalt des Eigentumsrechtes.

§ 198. Grundeigentum 464
§ 199. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines 466
§ 200. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen 468

Zweites Kapitel. Erwerb und Verlust des Eigentumes.

I. Allgemeines.

§ 201. Die Erwerbsarten 470
§ 202. Das Eigentumsrecht und die Sache 471

II. Okkupation und Spezifikation.

§ 203. Okkupation 472
§ 204. Spezifikation 474

III. Fruchterwerb.

§ 205. Die Fälle des Fruchterwerbes 477

IV. Die Fälle der Accession.

§ 206. Der Schatzerwerb 481
§ 207. Erwerb nach Uferrecht 483
§ 208. Inkorporation in Grundstücke 485
§ 209. Inkorporation in Mobilien 487
§ 210. Konfusion und Kommixtion 489

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 211. Die Tradition 490
§ 212. Legitimation des Tradenten 492
§ 213. Übereignungswille 493
§ 214. Die Besitzübergabe 496
§ 215. Bedingte Tradition 497
§ 216. Die exceptio rei venditae et traditae 499
§ 217. Veräußerungsverbote 502
§ 218. Eigentumszuteilung durch Richterspruch 505

VI. Die Ersitzung.

§ 219. Begriff und Geschichte der Ersitzung 506
§ 220. Erfordernisse der Ersitzung 509
§ 221. Vollendung der Ersitzung 515
§ 222. Die außerordentliche Ersitzung 518

VII. Die Endigung des Eigentumsrechtes.

§ 223. Fälle der Beendigung des Eigentumes 520

Seite

Drittes Kapitel. Die Klagen des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 224. Die Eigentumsklage . . . 522
§ 225. Die Parteien bei der Eigentumsklage . . . 524
§ 226. Form und Inhalt der Vindikation . . . 529
§ 227. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation . . . 533
§ 228. Die publizianische Klage . . . 535

II. Persönliche Klagen.

§ 229. a) Die Grenzscheidungsklage . . . 539
§ 230. b) Cautio damni infecti . . . 542
§ 231. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen . . . 545
§ 232. c) Actio aquae pluviae arcendae . . . 547
§ 233. d) Die operis novi nuntiatio . . . 551
§ 234. e) Das interdictum quod vi aut clam . . . 555

Dritter Abschnitt. Die Servituten.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Servituten.

§ 235. Begriff und Haupteinteilung der Servituten . . . 560
§ 236. Dinglicher Charakter der Servituten . . . 562
§ 237. Verhältnis der Servitut zum Eigentumsrechte . . . 566

Zweites Kapitel. Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 238. Begriff und Wesen der Prädialservituten . . . 569
§ 239. Einteilungen der Prädialservituten . . . 572
§ 240. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück . . . 574
§ 241. Unteilbarkeit der Prädialservituten . . . 578

II. Die einzelnen Grundgerechtigkeiten.

§ 242. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte . . . 580
§ 243. Andere Felddienstbarkeiten . . . 583
§ 244. Gebäudeservituten . . . 584

Drittes Kapitel. Die persönlichen Servituten.

§ 245. Die Arten der Personalservituten . . . 588
§ 246. Der Nießbrauch . . . 589
§ 247. Rechte des Nießbrauchers . . . 592
§ 248. Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers . . . 596
§ 249. Uneigentlicher Nießbrauch . . . 601
§ 250. Personalservituten beschränkten Inhaltes . . . 604

Viertes Kapitel. Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 251. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft . . . 607
§ 252. Die Servitutenersitzung . . . 612
§ 253. Richterspruch und Gesetz . . . 615
§ 254. Untergang der Servituten . . . 615

Seite

Fünftes Kapitel. Rechtsmittel des Servitutenrechtes.

§ 255. Die actio confessoria 620
§ 256. Die actio negatoria 623
§ 257. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes 626

Vierter Abschnitt. Superfizies und Emphyteusis.

§ 258. Entwicklung von Superfizies und Emphyteusis 629
§ 259. Superfizies 633
§ 260. Emphyteusis 636

Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel. Wesen und Geschichte.

§ 261. Begriff des Pfandrechtes 640
§ 262. Dinglicher Charakter des Pfandrechtes 643
§ 263. Fiduzia und Hypothek 645
§ 264. Die Formalisierung des Pfandrechtes in Deutschland 648

Zweites Kapitel. Voraussetzungen des Pfandrechtes.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 265. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im allgemeinen . . . 651

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 266. Die regelrechte Pfandkonvention 651
§ 267. Pfandkonventionen über fremde Sachen 653

b) Gesetzliche Pfandrechte.

§ 268. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpächters 656
§ 269. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte 658

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 270. Das pignus praetorium 660
§ 271. Pfändungspfandrecht 662

II. Gegenstand des Pfandrechtes.

§ 272. Verpfändbare Gegenstände 664
§ 273. Umfang der Pfandhaftung 666

III. Die versicherte Forderung.

§ 274. Die Arten der versicherten Forderung 667
§ 275. Umfang der versicherten Forderung 668

Drittes Kapitel. Die Wirkungen des Pfandrechtes.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 276. Verhältnis des Pfandrechtes zum Eigentum 669
§ 277. Ungeteiltheit der Pfandhaftung 671

Seite

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 278. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers 672
§ 279. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen 673

III. Der Pfandverkauf.

§ 280. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria 674
§ 281. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes 676
§ 282. Die Wirkungen des Pfandverkaufes 679

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 283. Die hypothekarische Klage 681
§ 284. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers 684
§ 285. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte 685

Viertes Kapitel. Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger.

I. Die Rangordnung.

§ 286. Die normale Ordnung der Pfandrechte 688
§ 287. Privilegierte Pfandrechte 689

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 288. Rechte nachstehender Pfandgläubiger 692
§ 289. Die hypothekarische Succession 693

Fünftes Kapitel. Ende des Pfandrechtes.

§ 290. Die dem Pfandrechte eigentümlichen Beendigungsgründe 697
§ 291. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes 699

Sechstes Kapitel. Verpfändung von Rechten.

§ 292. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung 702
§ 293. Verpfändung von Servituten 706

Register der Parömien XXI
Sachregister 709

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parentheſe ſtehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

Actore non probante reus absolvitur 368 a 4 (159).
Agere non valenti non currit praescriptio 345 a 11 (147).
Bis de eadem re ne sit actio 375 a 2 (162).
Bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit 481 (205).
Cavere aut carere 544 (230), 597 (248).
Cessante ratione cessat lex 65 a 3 (30).
Confessus pro judicato habetur 191 a 3 (84).
Correctoriae leges sunt stricte interpretandae 65 (30).
Da mihi factum, dabo tibi jus 354 (152).
Dies coeptus pro completo habetur 206 (89).
Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat 369 a 10 (159).
Exceptio doli inest bonae fidei judiciis 323 a 13 (138).
Fructus sine usu esse non potest 594 a 14 (247).
Hereditas personam defuncti sustinet 112 a 13 (50).
Indivisia est pignoris causa 671 a 1 (277).
In dubio contra fiscum 137 (60).
In pari causa est potior causa possidentis 91 (42).
Judicio contrahitur 182 (80).
Jura novit curia 55 (25), 355 (152).
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest 66 a 2 (31).
Legalia praesumuntur 55 a 10 (25).
Lex posterior derogat priori 65 (30).
Locus regit actum 105 (48).
Malitiis non est indulgendum 89 a 7 (41).
Minima non curat praetor 326 a 5 (140).
Mobilia ossibus inhaerent 105 (47).
Nasciturus pro jam nato habetur 112 (50).
Negativa non sunt probanda 369 a 10 (159).
Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet 89 a 5 (41).
Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet 492 a 1 (212).

Nemo sibi causam possessionis mutare potest 415 (179).
Non exemplis, sed legibus judicandum est 62 a 2 (29).
Non omnium, quae a majoribus constituta sunt. ratio reddi potest 71 (33).
Nulli res sua servit 565 (236).
Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur 89 a 4 (41).
Olim possessor, hodie possessor 433 (186), 515 a 5 (221).
Per liberam personam adquiri nobis non potest 276 (118).
Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse 578 a 2 (241).
Petitorium absorbet possessorium 429 a 6 (184).
Princeps legibus solutus 78 a 8 (36).
Prior tempore potior jure 689 (286).
Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio 91 a 6 (42).
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 351 a 8 (150).
Quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio 502 a 11 (216).
Qui excipit non fatetur 368 (158).
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 10 (4). 22 a 7 (11).
Qui prior tempore potior jure 689 (286).
Qui tacet consentire videtur 227 a 14 (98).
Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 285 a 1 (122).
Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias 72 (33).
Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat 76 a 10 (35).
Res judicata pro veritate accipitur 374 a 5 (161).
Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei 158 a 10 (68).
Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis 261 (112).
Reus in exceptionibus fit actor 319 a 10 (137), 369 a 5 (159).
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem 73 (34).
Servitus in faciendo consistere nequit 563 (236).
Servitus servitutis esse non potest 566 a 14 (236).
Spoliatus ante omnia restituendus 441 a 13 (189).
Superficies solo cedit 161 a 14 (69), 485 (208).
Tantum praescriptum quantum possessum 580 a 2 (242).
Toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris 340 (146).
Utile per inutile non vitiatur 289 (124).

Verzeichnis der Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
C.P.O. = deutsche Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
H.G.B. = deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
K.O. = deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
Not.O. = Notariatsordnung von 1512.
P.G.O. = Peinliche Gerichtsordnung Karls des Fünften.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.G. in Strafsachen = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R.Pol.O. = Reichspolizeiordnung von 1530, 1548, 1577.

Die wichtigeren Kompendien und Handbücher der Pandekten und des deutschen Privatrechts sind bloß mit dem Namen der Verfasser angeführt. Das Gleiche gilt von Unger, österreichisches Privatrecht.

Wächters Württembergisches ist mit Württ. P.R. bezeichnet, Roth, deutsches Privatrecht ist als d. P.R., sein Bayerisches Zivilrecht als Bayer. C.R., mein Preußisches Privatrecht als Preuß. Pr.Recht, mein Bürgerliches Recht des Reichs und Preußens als Bürg. R. angeführt.

der Verfassung des Reiches entsprechend. Das Reich war gebildet aus Teilen von großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefaßt waren.

Im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband infolge des jugendlichen Aufstrebens Preußens vollständig. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Teilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das allgemeine Landrecht (zitiert: A.L.R.) für die preußischen Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Kraft trat.[2]

Am 6. August 1806 erfolgte mit der Niederlegung der Kaiserwürde durch Kaiser Franz die endliche *Auflösung des deutschen Reiches*. Welche Bedeutung dieser Staatsakt für das *Fortbestehen eines gemeinen deutschen Rechtes hatte*, ist streitig.

Nach einigen hörte es damit auf, gemeines Recht zu sein. Allerdings sei es in den zu selbständigen Staaten gewordenen Teilen des ehemaligen Reiches in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze ersetzt wurde, aber nur in der Eigenschaft eines *Landrechtes* jedes dieser Staaten. Eine *gemeinrechtliche Fortbildung* des ehemaligen gemeinen Rechtes sei daher von der Auflösung des Reiches an nicht mehr denkbar und höchstens eine *gleichmäßige* Fortentwicklung dieses Rechtes in den verschiedenen deutschen Staaten möglich.[3]

Diese Auffassung wurde dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht. Die politische Verfassung des Reiches, innerlich hohl, konnte dem Stoß, welcher gegen dasselbe von Frankreich aus geführt wurde, nicht widerstehen. Aber es blieb die *Nation*, welche sich durch eine gemeinsame tausendjährige Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Literatur und der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen als *Einheit* darstellte.

Daher bewahrte das gemeine Recht unter allen Katastrophen politischer Natur seine Lebenskraft. Es war nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern aus dem Schoße des Volkes heraus durch Gewohnheit, Gerichtspraxis und Wissenschaft gebildet. Gerichtsgebrauch und

2) Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publizierten Kodifikationen sind: a) das am 1. Juli 1811 in Österreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, b) der 1801—1804 in Frankreich publizierte code civil, welcher am linken Rheinufer, im ehemaligen Großherzogtum Berg und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt, c) das unter dem 2. Januar 1863 publizierte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

3) So Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844, ferner Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 19, Beilage. — Vgl. hiergegen Bruns kl. Schriften Bd. 1 S. 20, Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 1 n. 1.

Wissenschaft hielten es als *gemeines* fest und bildeten es als solches weiter, auch nachdem der politische Verband der Nation gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch des deutschen Volkes, als eine Einheit behandelt zu werden, Ausdruck gegeben.

Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten *formell* außer Kraft gesetzt wurde, behielt dasselbe *im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität*. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Kodifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen.

Das für das Deutsche Reich am 18. August 1896 verkündete Gesetzbuch, dessen Inkrafttreten auf den 1. Januar 1900 gesetzt wurde, hob die bisher in den deutschen Staaten geltenden privatrechtlichen Normen, die gemeinrechtlichen wie die landesrechtlichen auf, soweit sie nicht durch Vorbehalte erhalten werden. Aber das neue Gesetzbuch ist in besonderem Maße auf die Begriffe und Rechtssätze des gemeinen Rechtes gebaut und setzt sie voraus. Die Kenntnis desselben ist daher für das Verständnis und die Weiterbildung des neuen Gesetzbuchs ganz unentbehrlich.

Bezüglich der öffentlichrechtlichen Grundsätze des gemeinen Rechtes trat eine Änderung durch das B.G.B. nicht ein.[4]

Von Jahr zu Jahr steigert sich der Verkehr der Nationen und drängt zu einem einheitlichen Verkehrsrecht. Für dieses gibt das römische Recht feste Bausteine, da es bei allen Völkern des europäischen Kulturkreises Grundlage des Rechtsstudiums und Quelle von Rechtssätzen ist.[5]

Auf unberechenbare Zeit hinaus wird das römische Recht aber, auch abgesehen von unmittelbarer Anwendbarkeit, einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstudiums bilden müssen, zur Belebung der juristischen Anschauung und als eines der merkwürdigsten Denkmale menschlicher Geistesgröße.

---

4) Das Reichsgesetz v. 13. Dezember 1873 erstreckte mittels Abänderung des Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung die Zuständigkeit des Reiches auf „die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht", in der Absicht, ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland zu schaffen. Die Ausarbeitung wurde, nachdem eine Vorkommission ein Gutachten über Plan und Methode erstattet hatte, am 22. Juni 1874 einer Kommission von 11 Mitgliedern übertragen, deren Entwurf mit 5 Bänden Motiven 1888 veröffentlicht wurde. Eine reiche Literatur knüpfte sich an diese Veröffentlichung. Am 4. Dezember 1890 beschloß der Bundesrat eine Umarbeitung durch eine neue Kommission von 22 Mitgliedern. Ihr Entwurf — s. g. zweite Lesung — wurde mit einigen Abänderungen vom Bundesrat angenommen und so gestaltet dem Reichstag unterm 17. Januar 1896 vorgelegt. Die Reichstagskommission, wie auch das Plenum des Reichstags trafen nicht unerhebliche Änderungen. Am 1. Juli 1896 nahm der Reichstag den Entwurf an. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 §§ 1—5.

5) Römisches Recht ist in unmittelbarer Geltung im Königreich Griechenland, ferner in der Kapkolonie, Kohler in der Zeitschrift f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 222 ff., und auf Ceylon, Kohler, rechtsvergleichende Studien S. 246.

Erstes Kapitel.

Bestandteile des gemeinen Rechtes.

§ 2. Übersicht.

Aus drei Hauptbestandteilen besteht das gemeine Recht, nämlich einmal aus dem römischen Rechte, wie es im corpus juris des Kaisers Justinian festgestellt ist, zweitens aus Sätzen des kanonischen Rechtes und drittens aus Gewohnheiten und Gesetzen deutschen Ursprungs. Unter diesen drei Bestandteilen nimmt das römische Recht die erste Stelle ein. Die Mehrzahl der Normen des gemeinen Rechtes ist römischen Ursprunges. Mehr noch fällt in das Gewicht, daß die systematische Gliederung des gemeinen Rechtes auf römischen Rechtsgedanken beruht. Wir heben in dieser Hinsicht schon hier hervor die Scheidung des Rechtes in öffentliches und in Privatrecht, sowie die scharfe Sonderung der Vermögensrechte in dingliche und persönliche.

Den geschichtlichen Vorgang, durch welchen in Deutschland das römische Recht und mit ihm das kanonische Recht zur Geltung kam, nennen wir die Rezeption der fremden Rechte. Dieser Vorgang hat das Recht der Vergangenheit gestaltet, er hat auf das Recht der Gegenwart bestimmend eingewirkt, er wird notwendig in eine ferne Zukunft hinein Bedeutung behalten.

I. Das römische Recht.

A. Die Rezeption des römischen Rechtes.

§ 3. Geschichte der Rezeption des römischen Rechtes.[1]

Die Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland wurde bereits im frühen Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es sich damals um vorübergehende und vereinzelte Einwirkungen des römischen Rechtes.[2]

1) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 1860 Bd. 1 S. 609 ff., Bd. 2 S. 1 ff. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption 1863. Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien 2 Bde. 1872. Modderman, de receptie 1874, aus dem Holländischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von K. Schulz 1875. Muther, zur Geschichte der deutschen Rechtsw. und der Universitäten in Deutschland 1876. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtsw. 1. Abt. 1880 S. 37 ff. Dazu Böhlau, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 525, Bd. 26 S. 1.

2) Über einzelne Zitate und Floskeln aus dem frühen Mittelalter vgl. Stobbe a. a. O. S. 647. Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abt. Bd. 11 S. 304. Siehe ferner über den Rechtszustand des Mittelalters: Franklin a. a. O. und Muther a. a. O., namentlich Abhandl. 1: röm. u. kanon. Recht im deutschen Mittelalter, Kohler zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland, 1. und 2. Heft, das röm. Recht am Niederrhein 1896, 1898.

In umfassender Weise geschah die Rezeption seit der Mitte des fünfzehnten und mit dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts. Sie vollzog sich damals mit einer fast elementaren Gewalt. An entschiedener und selbst stürmischer Opposition gegen das römische Recht fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin.[3] Aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das Ereignis der Rezeption zutage trat. Nie wird es gelingen, das Geheimnis so tief gehender Bewegungen im Völkerleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. Indessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Rezeption des fremden, nicht nationalen Rechtes gründete. Es war der Gedanke der Rechtseinheit, die für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands notwendig geworden war. Die deutschen einheimischen Rechte waren vielfältig und lokal zersplittert. Man wußte sie nicht zu übersehen und zu beherrschen. Daß sich in deren Verschiedenheit meist eine und dieselbe Grundanschauung spiegelte, machte dies kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechtes kommt es gerade auf das Detail an. Neben diesen partikularen Rechten aber schien ein einheitliches Recht für das Reich bereits da zu sein. Man brauchte es nur zu ergreifen. Es lag im corpus juris civilis von Justinian.

Altehrwürdige Sage war, daß das corpus juris civilis Kaiserrecht Deutschlands sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren.[4] Als solche waren sie von der höchsten Autorität der Christenheit, den römischen Päpsten, geweiht und anerkannt worden. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch auch Gesetz des deutschen Reiches sein?

Hierin lagen überlieferte Anschauungen. Zur Verwirklichung kamen sie in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeit-

---

3) Von Opposition gegen die „Doktoren" seit dem 16. Jahrhundert berichten Franklin a. a. O. und Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 50, ferner Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Abteilung S. 69. Für das römische Recht waren vorzugsweise die Fürsten und die landesherrlichen Diener, sowie die Städte, vielfach aber auch der Adel, welcher in demselben eine Stütze seiner Gewalt über die Bauern fand, gegen dasselbe vornehmlich die Bauern.

4) Als Formel für die Bestellung eines Richters in Rom zur Zeit Ottos III. wird mitgeteilt — Stobbe a. a. O. S. 613 — tunc dicat imperator judici: cave ne aliqua occasione Justiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas. Tunc imperator . . . det ei in manum librum codicum et dicat: secundum hunc librum judica Romam et Leonianam orbemque universum. Vgl. die weiteren Anführungen bei Stobbe a. a. O. S. 614 ff. Insbesondere betonten die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. den Gedanken, daß sie Nachfolger der altrömischen Kaiser seien. Auch Friedrich III., Maximilian I. und Karl V. liebten es, den Kaiser Justinian als ihren „Vorfahr am Reich" zu bezeichnen, vgl. Stobbe Bd. 2 S. 110.

alter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten, die wirtschaftlichen Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies alles gehört jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und sozialen Leben der Zeit zu sein.

Diese Momente erklären, daß zur Rezeption des römischen Rechtes zusammenwirkten die Juristen, die Laien und alle konstituierten öffentlichen Gewalten des Reiches und der Territorien.

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanistische. Die Universitäten als Anstalten, die für die gesamte Christenheit bestimmt waren, lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit.[5] Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters; die romanistische Doktrin erfüllte den Vorstellungskreis der gelehrten Juristen. Natürlich suchten die im römischen Rechte gebildeten und zu Doktoren promovierten Juristen diesem Rechte möglichst Eingang zu verschaffen, wenn sie in hohen geistlichen und weltlichen Stellungen Recht anzuwenden hatten.

Fast noch bedeutsamer war die Entstehung eines zahlreichen Standes von Halbgelehrten. Sie suchten und wußten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberater geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für diese Halbgelehrten entstand eine eigene massenhafte, populäre Literatur, darunter die unter mancherlei Namen umlaufenden Klagspiegel, womit auf den Einfluß dieses Standes ein helles Licht fällt.[6]

b) Die ungelehrten Schöffen, welche das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Überzeugung heraus fanden, waren den sich rasch umgestaltenden Verhältnissen nicht gewachsen. Durch die Halbgelehrten, welche die Parteien vor ihnen vertraten, wurden sie vollends in Verwirrung gesetzt. Sie verloren das Vertrauen zu sich, und es verlor

5) Muther a. a. O. S. 253.

6) Ein Werk bewunderungswürdigen Fleißes und Scharfsinnes schuf Stintzing in seiner Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts 1867. Vgl. hierzu Muther a. a. O. S. 158: Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtsliteratur für „pauperes“ und „minores“, siehe Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abt. 1 S. 75, sowie das mühevolle Werk von Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im M.A. 1. Bd. Zur Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts, 1898.

das Volk das Vertrauen zu ihnen. Infolgedessen wandten sich die Parteien zunächst im Wege des Schiedsvertrages den landesherrlich behufs der Landesverwaltung eingesetzten Amtleuten zu, welche, der fremden Rechte kundig, nach ihnen sprachen. So traten allmählich an die Stelle der ungelehrten gelehrte Gerichte.[7]

c) Inzwischen hatte die Reichskammergerichtsordnung bei der Neuordnung des Reichskammergerichts die Kammerrichter zum Eide verpflichtet, „nach des Reiches gemeinen Rechten" zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht.[8] Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechtes, wie man früher vermeinte, aber eine gesetzliche Anerkennung und Förderung seiner Geltung.

In ähnlicher Weise wurden die neueingerichteten Obergerichte der Territorien auf römisches Recht verwiesen.[9] Auch die partikulare Gesetzgebung förderte die Rezeption. Man verfaßte Reformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die meist aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtssätze im Leben einzubürgern und jedenfalls diesen Erfolg hatten.[10]

§ 4. Das Maß der Rezeption des römischen Rechtes.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur subsidiäre Geltung erlangt, d. h. es kommt bloß in Ermangelung einer einheimischen, wenn auch nur partikularen Rechtsnorm zur Anwendung.

Nicht ohne Kampf hat sich das letztere festgestellt. Die Romanisten der Rezeptionszeit behaupteten, partikulare Gewohnheiten

7) Während man früher annahm, daß sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt" hätten, hat Stölzel a. a. O. gezeigt, daß außerhalb der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtsprechung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten. So auch Sohm, die deutsche Rechtsentwicklung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 n. 8.

8) Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urteiler schwören: „nach des Reychs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften" zu richten.

9) Vgl. Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 86, 131.

10) Vgl. u. a. die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Bd. 1 S. 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklären die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu raten und zu tun, daß die in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger, daß hieraus ein wohl bedächtliches, nützliches, gutes und gleichmäßiges Landrecht gewonnen und gemacht werden könne." Mit jeder neuen Redaktion des Landrechts aber machte die Romanisierung weitere Fortschritte. — In der Mark Brandenburg wurde die Rechtsprechung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „dieweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen".

hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen.[1] Hätte man dies anerkannt, so hätte das römische Recht in Deutschland nahezu die Alleinherrschaft erlangt. Denn die deutschen Rechtsauffassungen hatten hauptsächlich ihren Sitz in partikularen Gewohnheiten. Aber eben deshalb konnte jene Behauptung nicht durchdringen. Vielmehr gelangte die Subsidiarität des gemeinen Rechts auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie zur Anerkennung.[2]

2. Eine alte Behauptung ist, daß das corpus juris civilis als Ganzes — in complexu — Gesetz für Deutschland geworden sei. Man schloß daraus, daß jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam intentionem in jure" gewähre, d. h. in Deutschland Recht mache, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Rezeptionszeit. Denn damals sah man das corpus juris civilis als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an.[3] Später erkannte man, daß das corpus juris Justinians in Deutschland niemals als Gesetz publiziert wurde. Seine Geltung beruht, dies ist unzweifelhaft, nur auf Gewohnheit. In die deutsche Gewohnheit sind aber, dies ist gleichfalls offensichtlich, nur solche römischen Rechtssätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung hatten. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, daß sich der Umfang der Rezeption aus der Gewohnheit ergebe und daß, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

Diese Folge haben aber nur wenige gezogen. Daß das corpus juris civilis in Deutschland in complexu, also als Ganzes, rezipiert

---

1) Die l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52 wurde nach gemeiner Meinung so ausgelegt, daß die partikulare Gewohnheit die lex, d. h. das corpus juris civilis nicht aufheben könne.

2) Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten". Die Reichshofratsordnung von 1654 aber besagte, Tit. 1 § 15 — Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4 Zusatz S. 50 — es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben die Kayserliche Rechten".

3) Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zasius in der Rezeptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei". Hierzu bemerkt Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtsw. Bd. 1 S. 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, daß nicht alle Bestandteile des kaiserlichen Rechts anwendbar seien, daß es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts inkommensurabel sind oder ihm geradezu widersprechen, daß hier die Unanwendbarkeit eines speziellen Beweises nicht bedürfe. War doch auch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechts praktisches Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formuliert, sondern im einzelnen Falle zu finden waren."

sei, blieb fortwährend herrschendes Dogma der Romanisten.[4] [5] Folgerecht hat dasselbe freilich niemand durchgeführt. Gleichwohl war es schädlich. Es verleitete dazu, zahlreiche Rechtssätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden hatten.[6] [7]

3. Anerkanntermaßen erhielten keine gemeinrechtliche Geltung diejenigen Sätze des corpus juris civilis, welche die Glossatoren, d. h. die Lehrer der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert[8] nicht mit Glossen — Erklärungen — versahen oder, genau gesprochen, welche Accursius in seiner Zusammenstellung der Glossen dieser Schule — der glossa ordinaria — nicht glossiert hat. Hiermit waren einesteils einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, aber der Glossierung nicht würdig erschienen, andernteils zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später aufgefunden und dem corpus juris einverleibt wurden.

4) Von Neueren, die sich für die Rezeption des römischen Rechts in complexu aussprechen, seien erwähnt: Vangerow Bd. 1 § 5, Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844 S. 193 ff., Pand. Bd. I § 11, Windscheid Bd. 1 § 2 Ziff. 2 S. 5, Bekker, Pand. I S. 6, Regelsberger Bd. 1 S. 12. Nur die Veränderung ging in der Lehre vor sich, daß man früher von dem Gegner den „Beweis" der Nichtgeltung des corpus juris forderte, während man das Axiom jetzt so erklärt, daß der Richter das corpus juris anwenden müsse, soweit ihm nicht dessen Aufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit bekannt sei. Gegen die Rezeption in complexu hat sich in beachtenswerter Weise Leist, zivilist. Studien Bd. 1 S. 12 ff. ausgesprochen, vgl. auch Kierulff, gemeines Zivilrecht Vorrede p. X, Beseler, deutsches Privatrecht I § 8, Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 5 S. 37.

5) Willkürlich war die Behauptung Savignys — System Bd. 1 S. 69, 165 — daß das römische „Staatsrecht" nicht zu den rezipierten Teilen des römischen Rechtes gehörte. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. 2 S. 123, Wächter im Archiv. für zivil. Praxis Bd. 23 S. 434, Gierke § 3 S. 16.

6) Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk — usus modernus Pandectarum 1690 vol. 1. discursus praeliminaris § 34 — fingiert, um die Rezeption des römischen Rechtes in complexu zu erläutern. Wenn, führt Stryk aus, in Deutschland niemals seit tausend Jahren ein Testament gemacht worden wäre, so sei das Recht zu testieren in Deutschland nicht aufgehoben. Denn die Unterlassung der Benutzung dieses Rechtes durch die einen könne anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit — also z. B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten — hätte das Testierrecht aufgehoben.

7) Es ist zur Würdigung der Streitfrage folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbefangen Rechtssätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Damit nahm man es durchaus nicht genau. Schließlich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfnis. Die römische Stelle kolorierte nur das Resultat. Unter solchen Umständen vermochte man zu sagen, das römische Recht gelte in seiner Gesamtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht paßte, wegzuinterpretieren. Im 19. Jahrhundert wurde diese Methode verlassen. Es wurde nicht mehr gewagt, deutschrechtliche und moderne Sätze aus den römischen Quellen zu belegen, obgleich diese das Entgegengesetzte besagen. Aber die Konsequenz durfte nun nicht sein, daß jetzt das Römische schlechthin gelte, sondern die Erkenntnis mußte zur Geltung kommen, daß es nur soweit gelte, als es in Wahrheit praktisch wurde.

8) Vgl. unten § 16.

Der Grundsatz: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum galt bis in die neueste Zeit als dem Mittelalter zugehörig, als schon in der Rezeptionszeit vorhanden. Man erklärte ihn aus der Autorität der Glosse im späteren Mittelalter, welche dahin geführt habe, was die Glosse nicht beachtete, nicht als Recht anzuwenden. Diese Auffassung war eine irrtümliche.[9] Der Satz verdankte seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts.[10] Die Nichtglossierung gewisser Gesetze war nicht der Grund der Nichtrezeption derselben. Jener Spruch bezweckte nur die Konstatierung der Tatsache. Es traf sich nämlich, daß die nichtglossierten Gesetze, weil für die deutschen Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis überwiegend fremd geblieben waren. Dies erkannte man durch jenen Spruch an.[11]

Manche wollten aus der Fassung desselben die Folge ziehen, daß auch die Lesart der Glossatoren als authentischer Text des corpus juris civilis im gemeinen Recht zu erachten sei. Dies aber ist nicht der Sinn des Spruches. Auch hatten die Glossatoren einen feststehenden Text nicht. Sie suchten ihn in oft willkürlicher Konjekturalkritik zu bilden, ohne daß Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, und die gedruckten Ausgaben haben seitdem durchgängig bessere Texte an deren Stelle gesetzt.[12]

§ 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Rezeption bezog sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckte sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechtes. Derartige Quellen sind folgende:

a) Außerhalb der justinianischen Sammlung haben sich mehrere Schriften klassischer römischer Juristen, freilich nur bruchstückweise oder verstümmelt, erhalten.[1] Es gehören hierher die In-

9) Dies ist nachgewiesen in der Schrift von Landsberg: über die Entstehung der Regel: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum, Bonn 1880.

10) Sprichwörtlich erscheint zuerst bei Stryk die Regel so: quos textus non agnoscit glossa, nec agnoscit forum, Landsberg a. a. O. S. 83.

11) In den Institutionen sind keine unglossierten Stellen; in den Pandekten sind nicht glossiert die aus den Basiliken restituierten l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnat. 48, 20 und l. 10 bis l. 19 D. de interdict. et rel. 48, 22. Die nicht glossierten Stellen des Kodex und der Novellen finden sich u. a. angegeben bei Bangerow, Pandekten § 6 Anm. 1, Arndts § 2 Anm. 3.

12) Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 S. 2, bemerkt bezüglich der Pandekten: „der in der Taurellischen Ausgabe — vom Jahr 1553 — rein wiedergegebene Text der Florentina ging in alle späteren Ausgaben über, so daß wir dadurch mit einem Male den ganzen Wust von Korruptelen los wurden, der sich durch die fortgesetzten Fehler der Schreiber und die Schulemendation der Glossatoren angehäuft hatte."

1) Diese Quellen, welche für ein gründliches Studium der Pandekten unentbehrlich sind, hat in einem mäßigen Bande herausgegeben Huschke: jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt zuerst 1861, 5. Ausgabe 1886. Den Grundsätzen

stitutionen des Gajus, wie sie uns in echter Gestalt der Veroneser Palimpsest zu ihrem größeren Teil enthüllte, ferner die fragmenta Ulpiani, mehrere Abschnitte aus dem liber regularum dieses Juristen, dann die übel zugerichteten sententiae von Paulus, und die Sammlung von Bruchstücken aus römischen Juristen und von Konstitutionen, welche den Namen fragmenta Vaticana führt. Auch die collatio legum Mosaicarum et Romanarum enthält wichtige Auszüge aus Werken römischer Juristen.[2]

b) Einzelne Verordnungen römischer Kaiser vor Justinian sind in Bruchstücken des codex Gregorianus und Hermogenianus erhalten, sehr zahlreiche finden sich im codex Theodosianus,[3] an den eine Sammlung von Novellen von Theodosius II., Valentinian III., Marcian, Majorian und Severus sich anschließt.

c) Nachjustinianische Quellen. Vor allem sind wichtig die Basiliken, eine griechische Umarbeitung des justinianischen Gesetzbuches in systematischer Folge, um das Jahr 900 unter Kaiser Leo verfertigt und als Gesetzbuch des byzantinischen Reiches publiziert. Die Basiliken sind mit Scholien versehen, von denen die älteren in die justinianische Zeit hinaufreichen.[4]

Alle diese Urkunden haben ein hohes wissenschaftliches Interesse. Sie dienen zur Interpretation des corpus juris civilis. Sie liefern nicht selten Material zur Feststellung seines Textes. Das letztere gilt namentlich für die Basiliken. Die Aussprüche hochberühmter Juristen, wie von Ulpian und von Paulus, nehmen ferner, auch wenn sie nicht im corpus juris stehen, Beachtung in Anspruch, falls sie Fragen entscheiden, die noch heute praktisch sind.[5] Eine gesetzesgleiche Geltung haben aber alle diese Quellen in Deutschland nicht erlangt.

---

der modernen philologischen Kritik entspricht in höherem Grade die collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum ed. Krueger, Mommsen, Studemund, Berlin 1877 bis 1890, drei Bände.

2) Zu vergleichen ist auch das römisch-syrische Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Bruns und Sachau, Leipzig 1880.

3) Die Ausgabe, auf die wir noch für den codex Theodosianus verwiesen sind, ist die von Hänel, Bonn 1842 ff., ein Bestandteil des sog. Bonner corpus juris, das 1835 ff. erschien. Doch steht das Erscheinen einer von der Berliner Akademie d. W. beschlossenen neuen kritischen Ausgabe bevor; vgl. Mommsen, Zeitschr. der Savigny-Stiftg. rom. Abt. Bd. 21 S. 149, 385. Man zitiert den codex Theodosianus als C. Th.

4) Das Nähere über die byzantinischen Gesetze ist in der Rechtsgeschichte mitzuteilen. Die Basiliken sind herausgegeben von Heimbach, 5 Bände 1833 ff., wozu ein supplementum von Zachariä 1846 kam. Interessant ist Zachariä, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3. Aufl. 1892.

5) Bezüglich der Frage z. B. ob dann, wenn eine Erbschaft mehreren Miterben

B. Das corpus juris civilis.[1]

§ 6. Charakter der justinianischen Kodifikation.

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation.[2]

Die modernen Gesetzbücher des Privatrechts, z. B. das allgemeine preußische Landrecht, der code civil Frankreichs, das Bürgerliche Gesetzbuch formulieren abstrakte Rechtssätze. Der Sache nach reproduzierten diese Gesetzeswerke allerdings im wesentlichen das bestehende Privatrecht, welches sie festzustellen suchen und teils näher bestimmen, teils weiter bilden; aber sie gießen das übernommene Recht in eine neue Form, so daß es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

Im corpus juris civilis ist hiervon keine Rede. Die Redaktoren — man nennt sie darum Kompilatoren — haben das bestehende Recht in der Form aufgenommen, welche ihm die klassischen Juristen in ihren Schriften, die römischen Kaiser in ihren Verordnungen gegeben hatten. Selbsttätigkeit haben die Verfasser des corpus juris civilis vorzugsweise in der Auswahl und in der Anpassung der überlieferten Aussprüche an die Verhältnisse ihrer Zeit entwickelt. Daraus entspringen die vielbewunderten Vorzüge und die vielgetadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, daß uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwicklung entgegentritt, nicht in kahlen Definitionen und in abstrakten Regeln. Es bildet sich an einzelnen Fällen, es gestaltet sich unter den Kontroversen der Juristen. Dem geschärften geistigen Blick eröffnen sich weite Perspektiven; Leben entsteigt den Fragmenten, wie sehr sie auch zum Teil in der Sammlung verstümmelt sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie teilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsgründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

---

gemeinsam ist, eine Teilungsklage auch bloß unter *einigen* der Miterben zulässig ist, legt man gegenüber der l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2 von Ulpian, welche die Frage bejaht, Gewicht auf Paul. sent. I 18 § 4, welcher sie verneint.

1) Die Entstehungsgeschichte des corpus juris und vieles einzelne, was wissenswert ist, muß der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Siehe Krüger, Geschichte der Quellen 1888 § 42 ff., Kipp, Quellenkunde 1896 § 19. Über die Interpretation des corp. jur. civ. werden wir im § 36 sprechen.

2) Unter *Kodifikation* — codicem facere — versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechtes, z. B. das Privatrecht oder einen Teil desselben *erschöpfend* regelt, unter Aufhebung der früheren einschlagenden Gesetze. In diesem Sinne bilden der codex und die Pandekten Justinians eine Kodifikation. Aus der neueren Zeit sind u. a. Kodifikationen: das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Als *Novellengesetzgebung* bezeichnet man Gesetze, welche *einzelnes* regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie *erschöpfend* und *ausschließlich* zu behandeln.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war streng gegliederte systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht zu gewinnen. Die Gliederung und Ordnung der Rechtssätze beschränkt sich auf ihre Rubrizierung unter verschiedene Titel. In den einzelnen Titeln erscheint vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Innerhalb der einzelnen Pandektentitel bestimmte sich die Aneinanderreihung der in sie aufgenommenen Auszüge danach, wie die juristischen Schriften, denen man sie entnahm, behufs des Exzerpierens unter die einzelnen Abteilungen der Redaktionskommission verteilt waren;[3] in den Titeln des Kodex ergab sich die Reihenfolge der Verordnungen durch deren Datum. Kein einheitlicher Gedanke führt also von der einen Stelle zur andern. Im achtzehnten Jahrhundert war dies Gegenstand lebhaften Tadels. Die Gegenwart denkt hierüber ruhiger.[4]

§ 7. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Zitiermethode.

Die Gesamtausgaben des corpus juris civilis sind teils mit, teils ohne Kommentar.

1. Den umfassendsten Kommentar gibt die Accursische Glosse, welche im 13. Jahrhundert zusammengestellt ist.

Glossierte Manuskripte und Drucke zerfallen in 5 Bände:

a) Digestum vetus, d. h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;

b) Infortiatum, d. h. die Pandekten von da bis zum Ende des Buches 38. Das Schlußstück dieses Bandes heißt tres partes — nach den mitten im Texte des l. 82 § 2 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vorkommenden Worten „tres partes“;

c) Digestum novum, d. h. die Pandekten von Buch 39 ab;

3) Wie die Reihenfolge der Pandektenfragmente entstand, hat Bluhme nachgewiesen: Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 n. 6. Siehe auch Krüger in der Pandektenausgabe von Mommsen 1880 vol. II additamenta p. 50 ff. Die Kompilatoren exzerpierten nämlich getrennt drei Massen von Büchern: die Sabinusmasse (S.), die Editsmasse (E.), die Papinianusmasse (P.) genannt, wozu noch ein Nachtrag — appendix (A.) — kam. Gegen Bluhme neuerdings Franz Hofmann, die Kompilation der Digesten Justinians 1900. Daß seine Ausführungen verfehlt sind, weisen nach: Mommsen, Sav. Zeitschr. Bd. 22 S. 1, Krüger das. S. 12.

4) Unter allen „Fehlern“ — vitia —, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem corpus juris civilis vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhilfe unternahm Pothier: Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, 3 Bände 1748. Es sind hier unter der Aufschrift der Pandektentitel die hauptsächlichen in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt. Das Werk ist zu empfehlen für Fälle, in denen man sich aus den Quellen über eine bestimmte Lehre vorläufig orientieren will.

d) Codex, d. h. dessen 9 erste Bücher;

e) Volumen, d. h. die 3 letzten Bücher des Codex, die Novellen und die Institutionen.[1]

Einen kürzeren fortlaufenden Kommentar gibt die Ausgabe von Dionysius Gothofredus, welche zuerst im Jahre 1583 erschien und seitdem aufgelegt wurde. Sie führte für das justinianische Rechtsbuch den Namen corpus juris civilis ein, welcher seitdem allgemein im Gebrauch blieb. Der Wert des Kommentars von Gothofredus liegt in der Aufführung der Parallelstellen, d. h. gleichartiger oder verwandter Aussprüche, und der Antinomien, d. h. der widersprechenden Gesetze. Denn erst durch solche Vergleichung wird die einzelne Stelle in das rechte Licht gerückt.

2. Unter den Ausgaben ohne Kommentar ist sehr verbreitet die von den Gebrüdern Kriegel, in welcher diese die Pandekten, Herrmann den Kodex, Osenbrüggen die Novellen herausgaben.

Am korrektesten geben den Text Mommsen, Krüger und Schoell, 1877 ff., und zwar hat Mommsen die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kodex, Schoell die Novellen bearbeitet.

Nach der letzteren Ausgabe wird in unserem Werke zitiert.

Die herkömmliche Zitiermethode veranschaulichen folgende Beispiele:

1) **pr. J. de legatis 2, 20.**

Das „J" bedeutet Justinians Institutionen,
die folgende „2" zeigt auf deren zweites Buch,
die „20" auf den zwanzigsten Titel des Buches mit der Überschrift „de legatis".

Endlich hat man in diesem Titel den ersten Satz — pr. — aufzusuchen, um die zitierte Stelle zu haben.

Pr. = principium ist nämlich in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 u. s. w. bezeichnet.

2) **l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.**

Das „D" bezeichnet die Digesten oder Pandekten,

---

1) Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Einteilung der Pandekten in vetus, infortiatum und novum auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Teile gegen sie. Das Wahrscheinliche ist, daß das Urexemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Teile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruhte. Irgend ein Besitzer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Teil durch das Stück von tres partes an verstärkte und den dritten Teil als Digestum novum zufügte. Siehe Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 S. 429 und praefatio der Digesta LXXII. Vgl. auch Scheurl in Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 12 S. 143 ff.

die „8" zitiert das achte Buch dieses Werkes,
die „3" den dritten Teil dieses Buches.
In diesem Titel ist die dreiundzwanzigste lex = l. zu finden, d. h. das dreiundzwanzigste in dem Titel aufgenommene Bruchstück. Der § 2 dieser lex ist die aufzusuchende Stelle.

3) l. 15 pr. C. de testamentis 6, 23.
Das „C" bezeichnet den Kodex von Justinian,
die „6" das sechste Buch dieses Kodex,
die „23" den dreiundzwanzigsten Titel dieses Buches,
die vorgestellte Zahl „15" die fünfzehnte Verordnung, deren erster Satz — als pr. bezeichnet — die gesuchte Stelle ist.[2 3]

4) Die Novellen zitiert man wie moderne Bücher: nov. 118 cap. 1.

§ 8. 1. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus teils in echter Gestalt, teils in Umarbeitungen, der Einführung der studierenden Jugend in die Rechtswissenschaft.[1] Justinian setzte an deren Stelle kaiserliche

---

2) Des weiteren ist folgendes zu bemerken: a) Buch 30, 31 und 32 der Pandekten über die Vermächtnisse zerfallen nicht in Titel: man zitiert D. de legatis I, II, III. — b) Enthält ein Titel nur eine lex, so zitiert man l. un. = lex unica. — c) Handelt es sich um eine vorher zitierte Stelle, so schreibt man l. cit. = lex citata. — d) Zitiert man den Titel, welcher die besprochene Lehre ex professo behandelt, so schreibt man oft h. t. = hujus tituli. — e) Zitiert man eine l. aus einem Titel, den man eben anführte, so schreibt man oft eod., z. B. l. 6 D. eod. — f) Zieht man aus einer Stelle nur eine Schlußfolgerung, so schreibt man oft arg. = argumento.

3) Die Zitiermethode des Textes ist die derzeit herrschende. Es finden sich aber auch bei den Neueren mancherlei Abweichungen. a) Einige zitierten die Pandektenstellen statt l. = lex mit fr. = fragmentum, und die Kodexstellen statt l. mit c. = constitutio. — b) Einige zitierten die Titelüberschrift ohne Hinzufügung der Zahl des bezüglichen Buches und Titels, z. B. l. 1 D. de rei vindicatione. Man verläßt sich darauf, daß jeder Leser weiß, daß es sich um Titel 1 des 6. Buches der Pandekten handele. Ein Verzeichnis der Titelüberschriften der Institutionen, der Pandekten und des Kodex fehlt zudem nur in wenigen Ausgaben. In der Ausgabe von Mommsen findet es sich unmittelbar nach dem Titelblatt des ersten Bandes. Manche zitieren die Titel bloß mit Zahlen, z. B. l. 1 D. 6, 1, was wenig zweckmäßig ist. — c) Einige verlassen die hergebrachte Weise, die gesuchte lex bei der Zitation vorzustellen, und zitieren nach der Ordnung, wie man aufschlägt, z. B. D. de rei vindicatione 6. 1 l. 1 statt l. 1 D. de rei vindicatione 6, 1. — Die Glossatoren zitieren in anderer Weise, als die Neueren, was zum Teil mit dem Mangel einer feststehenden Zählung der leges und Paragraphen zusammenhängt. Über die Zitiermethode der Glossatoren vgl. Thibaut, zivilistische Abhandlungen, Abh. 10 „Über die Arten, das Corpus juris Romani zu zitieren".

1) Vgl. Dernburg, die Institutionen des Gajus 1869; siehe auch die italienische Bearbeitung dieses Buches von Felice Cattaneo. Pavia 1881. — Über die Hypothese von Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 12, wonach Gajus Rechtslehrer in Troas war, vgl. Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 Vorrede II und S. 225 und namentlich Longinescu, Cajus der Rechtsgelehrte S. 3, Berl. Inaug.-Dissert. 1896. Gegen den letztgenannten Herzen, Zeitschr. d. Sav. Stiftg., roman. Abt. Bd. 20 S. 211, vgl Belsen das. Bd. 21 S. 73.

im wesentlichen nur das öffentliche Recht in ihren Kreis, das Privatrecht wurde nur mittelbar und vereinzelt mitbetroffen.[1] Das bedeutendste Verfassungsgesetz des alten Reiches, die goldene Bulle Kaiser Karls IV. vom Jahre 1356, traf z. B. Bestimmungen über das Bergregal, welche von Wichtigkeit für das deutsche Bergrecht geworden sind.[2]

Die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. sendeten einige zunächst für Italien bestimmte Gesetze zur Aufnahme in das corpus juris an die Glossatoren; durch diese wurden sie in den Kodex als authenticae Fridericianae eingeschaltet.[3] So kamen sie infolge der Rezeption des römischen Rechtes mit demselben in Deutschland zu Geltung.

Das 16. Jahrhundert zeigt uns die Reichsgesetzgebung im Anschluß an die rezipierten Rechte thätig. Es handelt sich auch jetzt vorzugsweise um Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, die aber zugleich vielfach in das Privatrecht eingriffen.[4]

Die hauptsächlichsten Gesetze dieser Zeit sind:

a) Die Notariatsordnung von 1512. Sie hat namentlich die Form der Testamente im Anschluß an das römische Recht behandelt.

b) Der Reichsabschied von Speier von 1529 — vgl. unten Bd. 3 § 132 — entschied eine alte romanistische Streitfrage über das Erbrecht von Geschwisterkindern, welche Abkömmlinge verschiedener Geschwister sind, dahin, daß sie nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen teilen sollten, wenn sie ohne Konkurrenz von Geschwistern des Erblassers erben, und daß alle entgegenstehenden Statuten, Gewohnheiten und Gebräuche aufzuheben seien.

c) Eine Ordnung und Reformation guter Polizei — Reichspolizeiordnung — in 39 Titeln nahm 1530 der Reichstag zu Augsburg an. Sie wurde 1548 und 1577 verbessert.

Auf der Reichspolizeiordnung beruht die Entwicklung des deutschen Vormundschaftswesens.

---

1) Über die Reichsgesetzgebung im Mittelalter vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. 1 S. 459 ff., über die spätere Bd. 2 S. 186.

2) Vgl. Achenbach, das gemeine deutsche Bergrecht Bd. 1 S. 118.

3) Im corpus juris civilis von Mommsen und Krüger sind diese authenticae ebenso wie die Novellenauszüge ausgeschieden und in appendix II verwiesen. Die Verordnung Friedrichs II. vom Jahre 1220, die von den Glossatoren zerstückelt eingeschaltet wurde, ist dort im Zusammenhange wiedergegeben.

4) Die Reichsgesetze enthält: Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede, welche von Conrad II. an abgefaßt worden, nebst den wichtigsten Reichsabschlüssen. 4 Teile in 2 Bänden, Frankfurt am Main 1747. Eine andere Sammlung ist die von Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze. 11 Teile, Karlsruhe 1786—1794. Eine brauchbare Zusammenstellung der wichtigsten Gesetze gewährt auch Schmauß, Corpus juris publici academicum; neu aufgelegt Leipzig 1774.

d) Kaiser Karls V. und des heiligen römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung von 1530 und 1532, die s. g. Carolina, ordnete das deutsche Strafrecht.

Aus dem folgenden Jahrhundert mag des instrumentum pacis Osnabrucensis von 1648 und des jüngsten Reichsabschieds von 1654 gedacht werden. Der letztere wurde für den gemeinen Prozeß wichtig.

Der nach der Auflösung des deutschen Reiches und der Beseitigung der Fremdherrschaft am 10. Juni 1815 gestiftete, im Jahre 1866 aufgelöste deutsche Bund hatte kein selbständiges Gesetzgebungsrecht. Es wurde aber im Jahre 1847 der Entwurf einer allgemeinen deutschen Wechselordnung auf Veranlassung Preußens in gemeinsamer Beratung festgestellt, desgleichen im Jahre 1861 auf Veranlassung des Bundestages ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Beide Gesetzbücher wurden in den bei weitem meisten deutschen Staaten publiziert. Sie waren kein deutsches gemeines Recht, weil sie formell nur auf der Publikation der Territorialstaaten beruhten,[5] aber sie waren allgemeines deutsches Recht, weil sie in dem bei weitem größten Teile Deutschlands galten.[6]

§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches.

Auf Grund der Vereinbarungen der deutschen Staaten rechts des Mains trat die vom ersten norddeutschen Reichstage angenommene Verfassung des norddeutschen Bundes mit dem 1. Juli 1867 in Kraft. An dessen Stelle trat auf Grund von Verträgen mit den süddeutschen Staaten seit dem 1. Januar 1871 das deutsche Reich. Am 16. April 1871 verkündete Kaiser Wilhelm I. die vom ersten deutschen Reichstag angenommene Reichsverfassung.[1]

Der norddeutsche Bund und das deutsche Reich wurden mit einer selbständigen und weiten Zuständigkeit in Sachen der Gesetzgebung ausgestattet. Ihr unterliegt seit dem Gesetze vom 20. Dezember 1873 die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht.[2]

Die großen Kodifikationen des Reiches sind:

---

5) Für die Wechselordnung haben dies manche bestritten, weil sie unter dem 26. Nov. 1848 vom Reichsverweser im Reichsgesetzbl. verkündet war. Aber der Reichsverweser hatte keine gesetzgebende Gewalt; Goldschmidt, Handelsr. Bd. 1 S. 77.

6) Über den Unterschied von gemeinem und allgemeinem Recht vgl. Windscheid-Kipp § 1 Anm. 1 S. 1.

1) Das Genauere siehe bei Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs. Bd 1 § 2 ff.

2) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13.

a) die allgemeine Deutsche Wechselordnung und das Deutsche Handelsgesetzbuch, welche durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen erhoben und dann durch das Reichsverfassungsgesetz Reichsgesetze wurden. Gelegentlich der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde auch das Handelsgesetzbuch einer Revision unterzogen; dieses revidierte Handelsgesetzbuch datiert vom 10. Mai 1897;

b) das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, welches bereits zur Zeit des norddeutschen Bundes publiziert, für das deutsche Reich im Gesetze vom 15. Mai 1871 neu redigiert wurde;

c) das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898;

d) die Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898;

e) die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877;

f) die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898.

Die letztgenannten vier Prozeßgesetze (die sogen. „Reichsjustizgesetze") traten sämtlich mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft.

g) Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 mit seinen Nebengesetzen, insbesondere dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, der Grundbuchordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Außer diesen Gesetzbüchern ist eine große Zahl von einzelnen Bundes- und Reichsgesetzen erlassen worden, welche zum Teil an den einschlägigen Orten zu nennen sind.[3]

Das System des Zivilrechtes wird besonders berührt durch die Zivilprozeßordnung. Denn materielles Recht und Prozeßrecht stehen in der engsten Wechselwirkung, da nur das Recht, welches prozessualisch im Bestreitungsfalle zur Durchführung gelangen kann, praktische Bedeutung hat. Die Lehre von der Klage, vom Beweis, vom Urteil, von der Zwangsvollstreckung treffen daher das materielle Recht in seinem innersten Nerv.[4]

Das im Jahre 1870 geschaffene deutsche Reich ist keine Wiederherstellung des im Jahre 1806 aufgelösten Reiches. Es ist vielmehr eine neue Staatenbildung. Auch sein Recht hat einen anderen Charakter,

---

3) Ein Verzeichnis von für das Privatrecht wichtigen Reichsgesetzen findet sich bei Stobbe, deutsches Privatrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 78 ff. Eine Übersicht der preußischen und Reichsgesetze Wilhelms I. gibt Kirchenheim, Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 7 Heft 8.

4) Eine wissenschaftliche Verarbeitung der für das Privatrecht wichtigen Bestimmungen der Reichsgesetze bis zum B.G.B. gibt Mandry, der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Auflage, besorgt von Geib 1898.

als das dem ehemaligen Reiche entſtammende. Wohl iſt es ebenfalls gemeines Recht, aber von neuer Art. Um Mißverſtändniſſen vorzubeugen, wählen wir für dasſelbe den Namen Reichsrecht.

Das gemeine Recht war überwiegend Produkt des Gewohnheitsrechtes. Das Reichsrecht iſt ausſchließlich eine Schöpfung der Geſetzgebung. Das gemeine Recht ſtand als bloß ſubſidiär dem Landesrecht nach, das Reichsrecht hat abſolute Kraft, ſo daß es durch das Landesrecht nicht angetaſtet werden darf.

Zweites Kapitel.

Literatur des Pandektenrechtes.[1]

§ 16. Die ziviliſtiſche Literatur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengeſetzte Richtungen machen ſich in der ziviliſtiſchen Literatur geltend, welche ſich an das römiſche Recht anknüpft. Der einen iſt es vor allem darum zu thun, in den Sinn des juſtinianiſchen Rechtsbuches einzudringen. Sie ſetzt alle Kraft daran, das Dunkel, welches auf ſo vielen Teilen dieſer merkwürdigen Urkunde liegt, zu erhellen, die in ihr niedergelegten Rechtsgedanken zu enthüllen. Da aber die Jurisprudenz eine praktiſche Wiſſenſchaft iſt, ſo macht ſich nach jeder Periode intenſiver Vertiefung in die Quellen das Beſtreben geltend, die in dem gelehrten Studium geübte und geſtählte juriſtiſche Urteilskraft an der Praxis zu bewähren und die gefundenen Rechtswahrheiten im Leben zu verwerten. Das ſelbſtändige Studium der röm. Quellen tritt dann in den Hintergrund, bis neue Impulſe wieder zu ihm hinführen.

Die Literaturepochen, zu denen wir uns zunächſt wenden, der Gloſſatoren einerſeits, der Poſtgloſſatoren andererſeits, dann der Humaniſten und endlich der deutſchen Praktiker, laſſen dieſen Gegenſatz klar hervortreten.

1. Ein ernſtes, folgerechtes und nachhaltiges Studium widmeten dem juſtinianiſchen Rechtsbuch zuerſt im Occident die Gloſſatoren.[2 3]

---

1) Einen Verſuch der ziviliſtiſchen Literaturgeſchichte enthält der 6. Band des Lehrbuchs eines ziviliſtiſchen Kurſus von Hugo 3. Aufl. 1830.

2) In den letzten Dezennien haben ſich verſchiedene Schriftſteller, insbeſondere Fitting, Ficker, Conrat mit Aufhellung des Betriebs des Rechts vor der Gloſſatorenſchule befaßt. Über die Reſultate orientiert am beſten Fitting in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte n. F. Bd. 7 S. 1 und in: die Anfänge der Rechtsſchule zu Bologna 1888. Daß die Lehre und auch eine literariſche Behandlung des römiſchen Rechts auch nach dem Untergange des Römerreichs ſtets und zu allen Zeiten des

Die Gloſſatoren, die Lehrer des römiſchen Rechtes zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, gründeten eine Rechtsſchule, deren Ruf bald über Italien hinausging und die von Studierenden aus vielen Teilen Europas, insbeſondere auch aus Deutſchland beſucht wurde. In den Schriften der Gloſſatoren konzentrierte ſich die gelehrte Rechtswiſſenſchaft der Zeit. Aber auch in den folgenden Jahrhunderten behielten ſie hohe Autorität. Sie bilden noch immer eine Grundlage für die ziviliſtiſche Wiſſenſchaft.

Die Wege wies der Schule Irnerius im Beginn des 12. Jahrhunderts.[4] Um die Mitte des 12. Jahrhunderts hatten ſeine Schüler, die „quatuor doctores“ hohe Ehre. Es waren dies einmal Bulgarus — os aureum —, zweitens Martinus — copia legum —, welche in Politik und Jurisprudenz ſcharfe Gegner waren, drittens Jacobus, viertens Hugo. In den Beginn des 13. Jahrhunderts fällt die glänzende Wirkſamkeit von Azo als Lehrer und Schriftſteller. Die Reihe der Gloſſatoren ſchließt um die Mitte des 13. Jahrh. Accurſius der Ältere.

Die Gloſſatoren ſind unerreicht in der Kenntnis des corpus juris, deſſen Studium ſie ſich voll und ausſchließlich widmeten. Ihre Vorleſungen und Schriften waren vorzugsweiſe exegetiſche, indem ſie Stelle für Stelle nach der Ordnung im Geſetzbuch — der Legalordnung — kurz durch Gloſſen erläuterten. Sie trugen die verwandten Stellen — die Parallelſtellen — zur Erklärung zuſammen und merkten die ſich widerſtreitenden Stellen — die Antinomien — an. Zur Ausgleichung der Widerſprüche erſannen ſie mannigfache Vereinigungen. Viele der Kontroverſen, welche noch heute die Juriſten beſchäftigen, wurden bereits

---

Mittelalters fortbeſtand, weiſt er in eingehender und intereſſanter Weiſe nach, freilich die Leiſtungen des früheren Mittelalters dem Werte nach wohl überſchätzend. Vgl. ferner Conrat, Geſchichte der Quellen und Literatur d. röm. Rechts im früheren Mittelalter 1. Bd. 1888 ff. Dazu L. Seuffert, Zeitſchrift d. Savignyſtiftung r. A. Bd. 13 S. 366. Jacques Flach, études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge Paris 1890 und hierzu Zeitſchrift der Savignyſtiftung Bd. 11 rom. Abt. S. 326. Unter den Schriftdenkmalen iſt das erheblichſte Petri exceptiones legum Romanorum, nach den neueren Forſchungen dem Ravennatiſchen Rechtslehrer Petrus angehörig und nicht lange vor 1050 verfaßt, ſiehe Fitting, Anfänge S. 60, ſowie der Brachylogus juris civilis oder corpus legum, welchen Fitting — die Heimat und das Alter des ſog. Brachylogus 1880 — Orleans zuweiſt und um das Jahr 1100 ſetzt. Ein eingehenderes Studium des corpus juris civilis war dieſer früheren Epoche fremd.

3) Über die Gloſſatoren iſt vorzugsweiſe zu vergleichen: Savigny, Geſchichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd 3—5. Dies Werk erſchien in 1. Aufl. 1815 bis 1831, in 2. Aufl. 1834—1851. Siehe auch Landsberg, die Gloſſe des Accurſius und ihre Lehre vom Eigentum 1883 S. 11 ff., ſowie Fitting, Anfänge a. a. O. S. 78 ff.

4) Pescatore, die Gloſſen des Irnerius 1888, Fitting, Summa Codicis des Irnerius 1894 und Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius 1894.

von den Glossatoren verhandelt, so daß sie den Grund der verschiedenen Meinungen legten. Ihr Scharfsinn ist bewundernswert. Nur ein unentbehrliches Element des vollen Verständnisses der römischen Rechtsquellen fehlte ihnen, nämlich Einsicht in die geschichtlichen Beziehungen des römischen Altertums.

Die Glossen, welche seine Vorgänger ersonnen hatten, stellte mit seinen eigenen von minderem Wert zusammen Accursius. Seine Glosse, die gl. ordinaria, hat vorzugsweise die Resultate des Nachdenkens und des Fleißes der Glossatoren der Nachwelt übermittelt.[5]

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren, Konsiliatoren genannt. Die Glosse schien erschöpft zu haben, was für das Verständnis des justinianischen Rechtes durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun, die errungenen Geistesschätze für den blühenden Verkehr des späteren italienischen Mittelalters nutzbar zu machen. Darum war man darauf bedacht, die römischen Rechtssätze derart zu gestalten und umzubilden, daß sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer lehrte und schrieb man im Anschluß an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegese der Stellen, als um Anknüpfung praktischer Rechtswahrheiten an den Text. Dabei machte sich aber der scholastische Geist des späteren Mittelalters in unerfreulicher Weise geltend. Man häufte die Unterscheidungen — Distinktionen —, man stellte Regeln auf, die man durch zahllose Erweiterungen — Ampliationen — ergänzte, man verfiel in unerträgliche Weitschweifigkeit.

Dem Ende des 13. Jahrhunderts gehört noch an Wilhelm Durantis, dessen speculum juris der Praxis bestimmt und höchst dienlich war. Bis Mitte des 14. Jahrhunderts wirkte Bartolus de Saxoferrato, ein selbständiger wahrhaft produktiver Geist, welcher das Größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis, welcher, wenig jünger als Bartolus, den Beginn des 15. Jahrhunderts erlebte. In der zweiten Hälfte des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhunderts war noch in alter Weise mit Erfolg Jason Mainus thätig.

3. Die französische historische Schule des 16. Jahrhunderts wendete sich wieder dem selbständigen Studium der Quellen zu. Die Renaissance und der Humanismus erweckten seit dem Ausgang des Mittelalters neues Leben in der Jurisprudenz. Die historischen und

5) Die Glossatoren haben außer den Glossen auch anderes geschrieben, so namentlich summae, vorzugsweise nach der Ordnung des Codex. Vor allem war hochberühmt und wurde auch später gedruckt die summa des Azo ad Codicem. Sammlungen von Kontroversen der Glossatoren enthält G. Hänel, dissensiones dominorum, Leipzig 1834.

philosophischen Kenntnisse, welche man sich errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständnis der Rechtsquellen.

Den großen Zivilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus,[6] Brissonius an. Im Vordergrund aller stehen Jacobus Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philolog, Historiker, Exegetiker. Seine observationes enthalten eine Fülle interessanter historischer Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechtes heraus. In vielbesuchten Vorlesungen erklärte er die Werke der klassischen großen Juristen Roms, soweit sie sich aus den im corpus juris zerstreuten Fragmenten zusammenstellen ließen. Die Erklärungen des Cujacius sind noch heute zum Verständnis der vielfach dunkeln Entscheidungen Papinians unentbehrlich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Afrikanus.[7] Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auch er konzentrierte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine römische Recht; sein Hauptwerk, die commentarii juris civilis, bildet die erste umfassende systematische Bearbeitung.[8]

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes.[9] Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu.

Dagegen hatte in den Niederlanden die historische Richtung eine Nachblüte.[10]

---

6) Von Franz Balduins Leben und Schriften handelt Johann Friedrich Jugler, Beiträge zur juristischen Biographie Bd. 2 n. 4.

7) Das Leben des Cujacius behandelte Berriat St. Prix, deutsch bearbeitet von Spangenberg, Leipzig 1822. Angeführt wird auch Cabantons in der revue de législation X. 1839. In den Gesamtausgaben der Werke des Cujacius finden sich außer den bei seinen Lebzeiten herausgegebenen Werken — den opera priora — dessen nachgelassene Schriften und Vorträge — opera postuma. Eine Gesamtausgabe veranstaltete Fabrot, Paris 1658; auf ihr beruhen die 1722 und 1757 zu Neapel, 1758 ff. zu Venedig und Modena erschienenen Ausgaben. Über die Ausgaben der Werke des Cujacius und das promtuarium universorum operum Jacobi Cujacii von Dominicus Albanensis vgl. Thibaut im Archiv für ziv. Praxis Bd. 13 S. 11, n. 21.

8) Vgl. Eyssel: Doneau, sa vie et ses oeuvres 1860; Stintzing, Hugo Donellus in Altdorf 1869 und in seiner Geschichte der Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 377. Buhl, Hugo Donellus zu Heidelberg 1891.

9) Wir erwähnen Jakobus Gothofredus 1587—1652, hochberühmt durch seinen gelehrten Kommentar zum codex Theodosianus, ferner Anton Faber, 1557—1624, Präsident des obersten Gerichtshofes zu Savoyen. Seine Schriften de erroribus pragmaticorum, ferner rationalia in Pandectas über die 19 ersten Bücher der Pandekten erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltsame Konjekturalkritik. Von nachhaltigerem Einfluß aber auf die Gestaltung des Rechtes, vornehmlich auch in Deutschland, war der codex Fabrianus und die an die dargestellten Rechtsfälle geknüpften praktischen Erörterungen. Auch Merillius, † 1647, ist zu nennen wegen seiner s. g. Variantes ex Cujacio, d. h. Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius.

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker.[11] Zu Anfang des 16. Jahrhunderts wurden allerdings hervorragende Geister von den Anregungen der Humanisten und der historischen Jurisprudenz des Auslandes mächtig berührt. Gregor Haloander veranstaltete lesbare Ausgaben des corpus juris.[12] Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für historische Forschung und Humanismus erfüllt.[13]

Allein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbiert durch die Aufgabe, das rezipierte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei lehnte man sich naturgemäß an die Postglossatoren an. Nicht ohne eine gewisse Wahrheit hat man gesagt, daß in Deutschland rezipiert wurde das römisch-italische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten.

Der Praxis dienten die s. g. Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichtes anschlossen, namentlich Joachim Mynsinger und Andreas Gail.[14]

Praktische Zwecke verfolgten auch fast ausschließlich die einflußreichen juristischen Lehrer und Schriftsteller Kursachsens. In Sachsen hatte das heimische Recht festen Halt in einem seit Jahrhunderten anerkannten weitverbreiteten Rechtsbuche, dem Sachsenspiegel. Nun trat das römische Recht neben das Sachsenrecht. Die Verbindung und Ausgleichung war die eigentümliche Aufgabe der sächsischen Juristen. Durch sie vorzugsweise bildete sich der usus modernus Pandectarum.

Schon der Niederländer Matthäus Wesenbeck, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor.[15] Von Späteren nennen wir Hart-

10) Die bekannteren Namen sind Wissenbach, geb. 1607, † 1665, genannt wegen seiner emblemata (Interpolationen) Triboniani; Johann Voet, geb. 1647, † 1714, welcher gute commentarii ad Pand., zuerst 1698, schrieb, vgl. über ihn Jugler, jur. Biographie, Bd. 2 Stück 1 n. 35; Noodt, geb. 1647, † 1725, mehr Rechtshistoriker, siehe Jugler a. a. O. Bd. 2 Stück 1 n. 35; Schulting, geb. 1659, † 1734, der gleichen Richtung huldigend. Auch Bynkershoek, geb. 1673, † 1743, machte sich einen Namen, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 2.

11) Vgl. Geschichte der deutschen Rechtsw. von R. Stintzing. 1. Abt. 1880. Sie reicht bis zur ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Ein jäher Tod hat den trefflichen Forscher und Schriftsteller vor Vollendung seines Werkes überrascht. Aus seinem Nachlaß hat Ernst Landsberg 1884 eine 2. Abt. herausgegeben, vgl. auch unten § 17 Anm. 1.

12) Vgl. oben §§ 9, 10 und 11. Stintzing, Geschichte a. a. O. Abt. 1 S. 180.

13) Stintzing, Ulrich Zasius 1857 und Geschichte a. a. O. Abt. 1 S. 155.

14) Mynsingers Werk war das erste seiner Art. Es führte den Titel: singularium observationum judicii imperialis camerae centuriae IV. Basileae 1563. Gail publizierte 1578 seine Practicarum observationum libri duo. Vgl. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 485 ff. Burckhard, Andreas Gail 1887.

15) Die historische Bedeutung Wesenbecks liegt vorzugsweise in seinen Paratitla oder dem commentarius in Pandectas, zuerst erschienen 1565, systematische Dar-

mann Pistoris,[16] Benedictus Carpzov,[17] Heinr. Berger,[18] Balthasar v. Wernher,[19] Augustin v. Leyser.[20]

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer sind auch für die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands von bestimmendem Einfluß geworden. Zu solchen gehört Mevius in Greifswald,[21] Lauterbach in Tübingen,[22] Brunnemann in Frankfurt a. d. O.,[23] Stryk in Frankfurt a. d. O. und Halle,[24] Justus Henning Böhmer in Halle und sein Sohn Georg Ludwig Böhmer in Göttingen.[25] [26]

§ 17. Naturrechtliche und historische Schule.

1. Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des

---

stellung des Pandektenrechts mit Rücksicht auf die Praxis und die Besonderheiten des sächsischen Rechtes. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 351.

16) Hartmann Pistoris ragt durch seine Quaestiones juris tam Romani quam Saxonici hervor, welche von 1579 ab erschienen. Auf seinen Schultern steht Benedikt Carpzov. Über die Familie der Pistoris vgl. Stintzing a. a. O. S. 566.

17) Benedictus Carpzov II., geb. 1595, † 1666, ist der bedeutendste in der Juristenfamilie der Carpzov, vgl. Jugler a. a. O. Bd. 1 Stück 2 n. 21. Den größten Einfluß auf die Praxis gewann von seinen Schriften die jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, zuerst 1638.

18) Über Heinrich Berger, geb. 1657, gest. 1732, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 3. Berger ist vorzugsweise durch seine oeconomia juris — zuerst 1712 — bekannt. Sie wird in den Ländern sächsischen Rechtes noch heute viel benutzt.

19) Johannes Balthasar v. Wernher, geb. 1675, † 1742. Sein Hauptwerk sind die observationes forenses, die von 1710 an erschienen.

20) Augustin von Leyser, geb. 1683 zu Wittenberg, dort 1752 gestorben. Sein Hauptwerk sind die meditationes ad Pandectas, 11 Bände. Dasselbe enthält elegante, aber wenig tiefe Ausführungen unter Anfügung von Rechtsfällen.

21) David Mevius, geb. 1609, † 1670, Präsident des schwedischen Tribunals zu Wismar; vgl. über ihn Jugler Bd. 4 Stück 1 n. 21, sowie August Barkov de Davide Mevio narratio, Greifswalder Jubiläumsprogramm 1856. Hauptwerke waren seine commentarii über jus Lubecense, 2. Ausg. 1664, und die decisiones summi Regii Tribunalis Wismariensis, zuerst 1653.

22) Wolfgang Adam Lauterbach, 1618 im Voigtland geboren, war Professor in Tübingen. Er starb 1678. Sein collegium theoretico-practicum wurde zuerst 1690—1714 herausgegeben. Siehe über ihn Jugler a. a. O. Bd. 3 Stück 1 n. 8.

23) Johann Brunnemann, geb. 1608, † 1672, vgl. Jugler Bd. 4 Stück 2 n. 25, war vor allem berühmt durch seinen commentarius in libros Pandectarum 1670.

24) Samuel Stryk, geb. 1640 in der Uckermark, † 1701. Er schrieb usus modernus Pandectarum, zuerst ediert 1690.

25) Justus Henning Böhmer, geb. 1674, † 1749, schrieb exercitationes ad Pandectas; er beschäftigte sich viel mit Kirchenrecht. Über die Schriften seines Sohnes Georg Ludwig Böhmer, geb 1715, † 1797, können Weidlichs biographische Nachrichten 1781 Teil 1 S. 74 verglichen werden.

26) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Hervorhebung einiger bedeutender Schriftsteller aus der Menge der übrigen etwas mehr oder weniger Willkürliches hat. Hier handelt es sich nur darum, einzelne zu benennen, um welche sich bei eingehenderen Studien die Namen anderer gruppieren können.

19. Jahrhunderts bildete sich ihr gegenüber die historische Schule; sie gewann die Herrschaft, ohne doch die Gedanken der naturrechtlichen Schule völlig bannen zu können.

Naturrechtliche Systeme bildete man seit dem 16. Jahrhundert; sie beeinflußten zunächst das öffentliche Recht und die Lehren des Völkerrechtes.[1] Mit dem Ende des 17. Jahrhunderts suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechtes Veranlassung. Mit der Rezeption der fremden Rechte hatte man massenhaft Rechtsnormen übernommen, welche sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatten, und die weder unter sich noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands in vollkommener Harmonie standen. Die Beherrschung des gewaltigen Stoffes wurde erschwert durch den Mangel der systematischen Folge im justinianischen und kanonischen Gesetzbuch. Daher erschien das Privatrecht unter den Streitigkeiten der Doktoren mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Eine neue Zeit in sozialer und wirtschaftlicher Beziehung brach nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges heran. Damit machten sich auch neue Anforderungen an das Privatrecht geltend. Das größte Übel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechtes in eine unabsehbare Zukunft vertagte.

Aus allem diesem Irrsal sollte das Recht der Vernunft herausführen. Aus der Vernunft gedachte man aprioristisch das Recht zu gestalten. Schließlich fand man hier freilich nur den Reflex des Wirklichen, wie es dem einzelnen erschien. Aber in doppelter Beziehung leistete diese Richtung Großes.

Einmal wurde die Masse des positiven Rechtes zum erstenmale von einem außer ihm liegenden Standpunkt in eingehender Weise einer Kritik unterzogen. Ferner führte sie zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes. Die so gewonnenen Gedanken sind zum nicht geringen Teil für die Wissenschaft maßgebend geblieben.

Auf Grund dieser Systeme wurden dann umfassende Gesetzeswerke, die **Kodifikationen** des 18. und 19. Jahrhunderts, geschaffen; zuerst das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven

1) Otto Gierke: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880. Vgl. über die Schule überhaupt Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Rede 1883, vor allem aber Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abteilung 1898.

Rechtes wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomasius,[2] welcher das Naturrecht an der neugestifteten Universität Halle vorzugsweise vertrat und dessen Anregungen dauernde Wirkung hatten, liegt auf diesem Felde nicht, obgleich er sich auch auf ihm versuchte. Noch weniger leisteten spätere Anhänger der Schule. Mit dem Rationalismus ging die einseitige Betonung des Utilitarismus Hand in Hand; den wissenschaftlichen Produktionen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Originalität.

2. In glänzender Begabung trat Friedrich Karl von Savigny mit dem Anfang unseres Jahrhunderts als Bannerträger der historischen Schule hervor. Die Ideen, von denen er ausging, hatten seit dem Ende des 18. Jahrhunderts vielfachen Ausdruck gefunden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt.[3] Aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge.[4] Das Recht, lehrte man nun, ist das Produkt der Geschichte, ein Ausdruck des Volksgeistes, nicht der subjektiven Vernunft der einzelnen; es ist aus sich heraus zu läutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind nicht fördernd, sondern schädlich.[5] Nach diesen Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechtes, wie auch dasjenige des deutschen Rechtes eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden neue Quellen entdeckt, unter denen die Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen. In ihrem Lichte erschien das römische Recht in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, unter denen Georg Friedrich Puchta[6] vor allen zu nennen ist, setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des

2) Über Thomasius vgl. u. a. Dernburg, Thomasius und die Gründung der Universität Halle 1865; B. A. Wagner, Christian Thomasius, ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um die deutsche Literatur 1872; Nicoladoni, Chr. Thomasius 1888; Landsberg, zur Biographie von Chr. Thomasius 1894.

3) Savigny, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 421. Singer, zur Erinnerung an Gustav Hugo in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16, S. 273.

4) Savigny ist geboren zu Frankfurt am Main am 21. Februar 1779, gestorben zu Berlin am 25. Oktober 1861. Über Savigny vgl. vorzugsweise Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1 ff.; Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, Marburg 1879. Dort findet sich S. 6 Literatur über Savigny zusammengestellt.

5) Thibaut: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Heidelberg 1814, erhob die Forderung eines neuen Gesetzbuches für ganz Deutschland. Ihm trat sofort Savigny entgegen in dem Werke: Über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, in 3. Auflage 1840, in einem Neudruck 1892 erschienen. Er erklärt sich in demselben gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Kodifikationen, vgl. z. B. a. a. O. S. 25, wenn er auch vorzugsweise seiner Zeit den Beruf zu denselben abspricht.

6) Puchta, geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahre 1846. Nekrologe sind abgedruckt in Rudorffs Ausgabe von Puchtas kleinen zivilistischen Schriften.

reinen römischen Rechtes. Die Weiterbildung des römischen Rechtes durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren hatte dem gegenüber freilich einen schweren Stand. Manche an sich berechtigte Rechtssätze wurden beseitigt, anderes konnte sich nur im hartnäckigen Kampfe behaupten.[7][8]

3. Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der Tat sind die Gegensätze keine unversöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich notwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechtes ist seine Geschichte. Aber inmitten der Wandlung aller menschlichen Dinge bedarf auch das Recht stetiger Weiterbildung. Diese kann sich nicht durch Wissenschaft und Gewohnheit allein vollziehen. Oft bedarf es der Hülfe der Gesetzgebung, welche nicht bloß das historisch überlieferte entwickelt, sondern das Angemessene und Zweckmäßige feststellt. Nie können und sollen wir von dem Gegebenen absehen. Aber wir dürfen uns auch nicht der Freiheit begeben, dasselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.[9]

Die romanistische Wissenschaft der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts suchte sich von der Einseitigkeit der historischen Schule frei zu machen, ohne den berechtigten Kern ihrer Lehren aufzugeben. Selbständige, zum Teil weit auseinander gehende Wege schlugen insbesondere 3 hervorragende Romanisten ein, welche der Tod in rascher Folge der Wissenschaft entriß: Alois Brinz,[10] Bernhard Windscheid, Rudolph Ihering.[11]

7) Der historischen Schule sind unter anderen zuzuzählen: Johann Christian Hasse in Bonn 1779—1830, Eduard Schrader in Tübingen 1779—1860, von Bethmann-Hollweg 1796—1877, Friedrich Ludwig von Keller 1799—1860, Eduard Böcking 1800—1869, Adolf August Friedrich Rudorff 1803—1872, Roderich Stintzing, geb. 1825, gest. 1883, Alfred Pernice, geb. 1841, gest. 1901.

8) Die historische Schule hat auch zur Zeit ihrer Blüte nicht alle bedeutenden Zivilisten Deutschlands zu Anhängern gehabt. Als Gegner trat auf A. F. Justus Thibaut in Heidelberg, geb. 1772, gest. 1840. Vorzugsweise der Dogmatik widmete sich Karl Georg von Wächter, geb. 1797 in Marbach am Neckar, gest. in Leipzig am 15. Januar 1880, vgl. Windscheid, Karl Georg von Wächter 1880; Dernburg, Karl Georg von Wächter 1880. Ebenso war hauptsächlich Dogmatiker: Karl Adolph von Vangerow, geb. 1808, gest. zu Heidelberg 1870. Den Standpunkt der Hegelschen Philosophie vertrat Eduard Gans, geb. 1798, gest. in Berlin 1839. Seinen Ausgangspunkt nahm hier auch Karl Georg Bruns, geb. am 24. Febr. 1816, gest. in Berlin am 10. Dezember 1880. In seiner späteren Wirksamkeit gehört Bruns der historischen Schule an. Vgl. über Bruns: Degenkolb im Archiv für zivil. Praxis Bd. 64 n. 13.

9) Beachtenswerte Betrachtungen über „Zivilpolitik" d. h. den Einfluß der Rechtssätze auf das Volksleben, insbesondere den Volksreichtum, die Volksseele und die Gestaltung, welche hiernach den Rechtssätzen zu geben ist, entwickelt Petrażycki in seinem Buch „Die Lehre vom Einkommen" besonders Bd. 2 S. 437 ff.

10) Über Brinz, geb. 1820, gest. 1887, vgl. Exner, Erinnerung an Brinz 1888, Regelsberger, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 1; siehe auch Kuntze: Ihering, Windscheid, Brinz 1892.

§ 18. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel.[1]

1. Zur Orientierung über die Bearbeitungen der Lehren des Pandektenrechtes seit einem Jahrhundert und in früherer Zeit ist auf drei Werke zu verweisen:

a) Ch. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, begonnen 1790, nach dem Tode Glücks von verschiedenen bedeutenden Pandektisten — Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard, Salkowski, Czyhlarz, Ubbelohde — fortgesetzt, noch unvollendet. Bis jetzt sind erschienen 49 Bde., ferner zu Buch 37, 38 der Pand. von Leist 5 Teile, zu Buch 39, 40 von Burckhard 3 Teile, zu Buch 41, 42 von Czyhlarz 1 Teil, zu Buch 43 und 44 von Ubbelohde 5 Teile.

b) Vangerow, Lehrbuch der Pand. 3 Bde., 1. Aufl. 1839 ff., 7. Aufl. 1863 ff. Dieses Werk enthält in Anmerkungen eine Ausführung der wichtigsten Kontroversen des Pandektenrechtes unter lichtvoller Darstellung der Ansichten der Juristen vorzugsweise seit Beginn des 19. Jahrhunderts.

c) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 3 Bände, 1. Auflage 1862 ff., 7. Auflage 1891.[2] Eine 8. Auflage hat mit eigenen Zusätzen und unter vergleichender Darstellung des deutschen bürg. Rechts Kipp bearbeitet 1900.

2. Gedrängte Pandektenlehrbücher sind: das geistvolle Werk von Georg Friedrich Puchta, 1. Auflage 1838, 12. herausgegeben durch Schirmer 1877, ergänzt durch seine nach seinem Tode herausgegebenen Vorlesungen, ferner Pandekten von Arndts, 1. Aufl. 1850, 13. Aufl. herausgegeben durch Pfaff und Hofmann 1886[3], von Baron, 9. Aufl. 1896 und von Wendt 1888.

Die Vorlesungen über Pandekten von Keller sind 1861, in 2. Aufl. 1866,

---

11) Über Windscheid, geb. 1817, gest. 1892, und Ihering, geb. 1818, gest. 1892, vgl. Eck, zur Feier des Gedächtnisses v. Ihering und Windscheid 1893; über Ihering vgl. A. Merkel, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 32 S. 6.

1) Bücher lernt man nur kennen, wenn man ein wissenschaftliches Thema mit Ernst und Gründlichkeit verfolgt. Dann bildet man sich seinen Apparat leicht. Die Anführung zahlreicher Buchtitel an diesem Orte hat nach unserem Ermessen wenig Wert. Wohl aber dürften für den, welcher eine wissenschaftliche Arbeit zum erstenmale unternimmt, einige Winke am Platze sein. Die hauptsächlichsten Bearbeitungen zivilistischer Themata findet man bei Glück, Vangerow, Windscheid angeführt, auch Arndts' Pandekten sind zu vergleichen. In juristischen Monographien sind die einschlagenden älteren Bearbeitungen meist mehr oder weniger vollständig zitiert. Wo dies ein dogmatisches oder historisches Interesse hat, ist an der Hand der Zitationen hinaufzusteigen bis zu den älteren und ältesten Bearbeitungen des Themas. Knüpfen sich die behandelten Fragen an römische Quellenstellen, so sind die großen französ. Exegeten zu konsultieren, vor allen Cujacius, welcher viele der schwierigen Stellen des Corpus juris erklärt hat. Nie ist die accursische Glosse zu übersehen. Welche Interpreten sonst zu befragen sind, richtet sich nach der Sachlage. Schimmelpfeng, Hommel redivivus, 3 Bde., Kassel 1858, 1859, gibt Nachweisungen über die Exegese der Rechtsquellen; das Werk kann trotz seiner Mängel unter Umständen Dienste tun. Die bibliograph. Bücher, welche die Titel von Büchern, zum Teil auch von Abhandlungen angeben, wird man nur in besonderen Fällen mit Nutzen befragen. Was wirklich Bedeutung hat, ist meist von Späteren zitiert. Nützlich ist mir erschienen Kappler, jur. Promtuarium über alle in den Jahren 1800—1837 erschienenen Abhandlungen, 2. Aufl. 1837. Andere Repertorien zitieren Arndts § 20, Windscheid Bd. 1 § 12 Anm. 1. Ein vortreffliches bibliographisches Hilfsmittel ist auch der Katalog der Bibliothek des Reichsgerichts, herausgeg. v. Schulz, 2 Bde., 1882, 1890.

2) Eine italienische Übersetzung geben Fadda und Bensa 1891 ff.

3) Eine ital. Bearbeit. veranstaltete Filippo Serafini. 4. Aufl. Bologna 1882.

die von Wächter 1880 mit Beilagen in 2 Bdn. nach dem Tode dieser großen Rechtslehrer veröffentlicht.

3. Tiefer gehende Untersuchungen enthalten:

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechtes Bd. 1 — auf den allgemeinen Teil beschränkt — 1839.

Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 8 Bände. 1840 bis 1849, gleichfalls nur den allgemeinen Teil enthaltend; 2 Bände, welche allgemeine Lehren des Obligationenrechtes behandeln, reihen sich an.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Aufl. 1873 ff. Bd. 1—4; die zweite Abt. des 3. Bds. und den 4. Bd. hat nach des Verfassers Tode Lotmar besorgt. Von einer 3. Aufl. ist 1884 die erste Lieferung der ersten Bandes erschienen.

Den allgemeinen Teil behandeln die Pandekten von Immanuel Bekker 1886 ff., Bd. 1 und 2, von Hölder 1886 ff. und von Regelsberger, Bd. 1 1893.

4. Zwei Werke, welche vorzugsweise der Rechtsgeschichte angehören, sind auch für die Dogmatik so bedeutsam, daß sie nicht übergangen werden dürfen. Auffassung und Behandlungsweise ist freilich in beiden nahezu die entgegengesetzte.

Ihering, Geist des römischen Rechtes, Bd. 1 und 2 in 5. Aufl.; Bd. 3 Abt. 1 in 4. Aufl., unvollendet.

Alfred Pernice, Marcus Antistius Labeo, Bd. 1 und 2, Bd. 3 Abt. 1 1873 ff., Bd. 2 Abt. 1 und Abt. 2,1 in 2. Aufl., ebenfalls unvollendet.

5. Gemeines Recht in Verbindung mit Partikularrecht behandeln folgende drei Werke von Romanisten:

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechtes, 1839 und 1842. 2 Bände, welche das Historische und den allgemeinen Teil enthalten.

Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechtes, Bd. 1 und Bd. 2, 1856 und 1859, 5. Auflage 1892, den allgem. Teil enthaltend — Bd. 6, 1864, 4. Auflage 1894, das Erbrecht darstellend.

Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechtes und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände 1871 ff. Der erste und zweite Band sind in 5. Auflage 1893 und 1897, der dritte ist in 4. Auflage 1895 erschienen.

6. Von den Sammlungen von Abhandlungen bedeutender Zivilisten erwähnen wir:

Thibaut, zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

Savigny, vermischte Schriften. 5 Bände. Berlin 1850.

G. F. Puchta, kleine zivilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1852.

Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften. 3 Bände. 1873, 1874.

Bruns, kleinere Schriften. 2 Bde. 1882.

Ihering, gesammelte Aufsätze. 3 Bde. 1881.

7. Unter den Zeitschriften heben wir hervor:

a) Rechtsgeschichtliche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Göschen. Berlin 1815—1850, 15 Bände.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz von J. C. Hasse und anderen, Bonn 1827—1835, 7 Bände, für Geschichte und Dogmatik gleich wichtig.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, begonnen 1861 von Rudorff u. a., 13 Bände. Vom 14. Bande ab beginnt eine neue Folge der Zeitschrift unter dem Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Die romanistische und germanistische Abteilung ist seitdem getrennt. Bis jetzt sind von der neuen Folge 22 Bände erschienen.

b) Dogmatische:

Archiv für zivilistische Praxis, von Gensler, Mittermaier u. a. begonnen, von 1818 bis jetzt 92 Bände.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß von Linde und anderen. Gießen 1827 ff. 20 Bände, neue Folge 22 Bände.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes von Bekker und Muther, 6 Bände. 1857—1863, auch reich an historischen Aufsätzen.

Iherings Jahrbücher, 1857 von Ihering und Gerber begründet, bis jetzt 44 Bde.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1874 ff., bis jetzt 28 Bände.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann, 1889 ff., bis jetzt 20 Bde.

In Betracht kommt auch für das gemeine Recht:

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt u. a., nach dessen Tode von Keyßner und Karl Lehmann. Erlangen bezw. Stuttgart 1858 ff., bisher 49 Bde. Über die ersten 25 Bände besteht ein vortreffliches Generalregister.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und G. Cohn, jetzt auch von Kohler, 1878 ff.

c) Kritische:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859 ff., bis jetzt 41 Bände.

8. Eine Zusammenstellung von Entscheidungen oberster deutscher Gerichte enthält:

Seufferts Archiv, 1847 von J. A. Seuffert begonnen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen 1880 ff., bis jetzt 49 Bände, gewähren uns das Bild der Entwicklung eines neuen einheitlichen Juristenrechtes.[4]

Sie schließen sich an die epochemachenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 1871 ff., 25 Bände, an.

---

4) Außer dieser von den „Mitgliedern des Gerichtshofs" herausgegebenen Sammlung werden Entscheidungen des Reichsgerichts in großer Zahl veröffentlicht, namentlich durch „Bolze, Praxis des Reichsgerichts", ferner in der „Juristischen Wochenschrift" Organ des deutschen Anwaltsvereins, in der Deutschen Juristenzeitung, in der Zeitschrift „das Recht" und in „den Beiträgen" zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von „Gruchot". Diese massenhaften Publikationen kommen einem Bedürfnis des juristischen Publikums entgegen. Aber die Folgen sind keineswegs bloß nützliche. Nicht wenigen wird die Jurisprudenz zur bloßen Kenntnis der Präjudizien des Reichsgerichts und zur Gedächtnissache; selbständige Prüfung und kritische Würdigung erscheint ihnen überflüssig.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.[1]

Erster Abschnitt.

Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

Erstes Kapitel.

Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Einteilungen.

§ 19. Das Wesen des Rechtes im objektiven Sinne.

Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille.[2] Formal ist diese Begriffsbestimmung treffend und bündig.[3] Über den Inhalt des Rechtes sagt sie nichts aus.

Der Jurist Celsus definiert: jus est ars boni et aequi,[4] d. h. das Recht ist die praktische Verwirklichung des den Lebensverhältnissen Angemessenen. Damit bezeichnet er den Inhalt und die Aufgabe

1) Die allgem. Lehren der Pandekten beschäftigen sich zum Teil mit Problemen, welche sich auch die Rechtsphilosophie zu stellen hat. Aber der Standpunkt der Pand. bezüglich dieser Probleme ist ein anderer als derjenige der Rechtsphilosophie. Die Pand. haben die dem römischen und gemeinen Rechte zu Grunde liegenden Vorstellungen darzulegen. In diesen macht sich oft eine konkrete Anschauung und stets der Gesichtspunkt der praktischen Verwendbarkeit geltend. Die Rechtsphilosophie mag solchen Anschauungen kritisch gegenüber stehen. Sie hat andere Aufgaben, als die positive Jurisprudenz. Unseres Erachtens muß es beiden Disziplinen förderlich sein, wenn sie erkennen, daß ihre Methoden und Ziele nicht identisch sind. Vgl. aber Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph 1892, bes. S. 101 ff.

2) Rousseau, contrat social „volonté générale", Hegel, Philosophie des Rechtes, Zusatz § 82.

3) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878 S. 1, vgl. aber auch Heilinger, Recht und Macht, Wien 1890, S. 35; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 15 S. 116; Hölder über objektives und subjektives Recht, Vortrag 1893.

4) L. 1 pr. D. de just. et jure 1, 1. Windscheid, § 28 Anm. 2 findet hier „das Ideal des Rechts schön bezeichnet". Aber ars ist nicht ein Ideal, es ist die Kunst der Verwirklichung des Ideals. Vielleicht verstand aber — diesen Gedanken regt Salkowski an — Celsus unter ars das wissenschaftliche System des Guten und Billigen, wie Cicero „de jure civili in artem redigendo" schrieb. Gellius, noct. atticae I cap. 22.

des Rechtes. Das Recht gibt inmitten der Kollision der menschlichen Interessen das rechte Gleichmaß. Solches Gleichmaß stellt sich nicht selten durch die in der Gesellschaft wirkenden Kräfte unmittelbar im Wege der Gewohnheit her. Das Recht hat dann die so erwachsende Ordnung nur zu wahren und zu erhalten. Häufig aber kommen die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit. Dann tritt die im Staate herrschende Macht dazwischen und zieht die Schranken.[5] [6]

Verbindet man den formalen und den materiellen Standpunkt, so bestimmt sich das Recht als *die durch den allgemeinen Willen gewährleistete Ordnung der Lebensverhältnisse*.

Vom Rechte im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im *subjektiven Sinne*, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete *Berechtigung*. Über den Begriff des Rechtes im subjektiven Sinne ist später zu sprechen.[7]

§ 20. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale.

1. Die Entwicklung des römischen Rechtes wurde vorzugsweise durch den Gegensatz des *zivilen* und des *prätorischen* Rechtes bestimmt.

Das Zivilrecht war das den Gesetzen und Gewohnheiten des alten Gemeinwesens entstammende, durch die Interpretation der Juristen weiter entwickelte Volksrecht. Festgegründet, für die Dauer bestimmt, war es durch das römische Volk gewährleistet. Das prätorische Recht beruhte auf den Edikten, welche die Prätoren bei ihrem Amtsantritt für das Amtsjahr erließen.[1] Es mochte sich tatsächlich dadurch erhalten, daß

5) Vgl. Ihering, der Kampf ums Recht, 1. Auflage 1872, S. 12 ff.

6) In der l. 7 D. de leg. 1, 3 sagt Modestinus libro 1 regularum: Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire. Hiernach gibt es neben den *gebietenden* und *verbietenden* — den Imperativgesetzen — *erlaubende* — Permissivgesetze, z. B. die gesetzliche Verstattung der „Notwehr". Erlaubende Gesetze haben natürlich nur da Sinn, wo auch ein Verbot denkbar wäre, Bekker, Bd. 1 S. 50. Viele wollen von „gewährenden" Normen nichts wissen, da auch in diesen schließlich nur Gebote und Verbote lägen. Vgl. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 2 S. 307 ff., juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 27 ff. Aber die Gebote und Verbote haben bloß den Zweck, die *verstattete Handlung zu ermöglichen*. Darin liegt das Besondere der Permissivgesetze. Die Erlaubnis der „Notwehr" enthält z. B. allerdings auch einen Imperativ, nämlich daß der Richter nicht verurteilen darf. Allein dies bleibt immer nur die negative Seite, die positive ist die Verstattung der Notwehr. Vgl. Hölder, Pand. Bd. 1 S. 62; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 16.

7) Siehe unten § 39.

1) Das Hauptwerk über das prätorische Edikt ist von Otto Lenel, das Edictum perpetuum, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung, 1883. Vgl. auch Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts, in den Festgaben für Heffter, Berlin 1873.

die Nachfolger die bewährten Edikte der Vorgänger — als translaticia — übernahmen. Grundsätzlich hatte es nur Geltung für ein Jahr.[2] Es wurde aufgefaßt als eine durch die Zeitbedürfnisse hervorgerufene, mit ihnen wandelbare Norm.[3] Seine Sicherung fand es in der prätorischen Gerichtsbarkeit. Entsprechende Bewandtnis hatte es mit den Edikten der kuruliſchen Adilen, welche, wie die Prätoren, jus honorarium bildeten.

Die prätorischen Edikte waren zunächst zur Weiterbildung des Zivilrechtes bestimmt. Die Edikte trafen aber auch Ergänzungen, wo das Zivilrecht Lücken hatte und nicht ausreichte. Sie gingen endlich zur Korrektur zivilrechtlicher Normen über, wenn diese der aequitas widersprachen, d. h. den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr angemessen waren.[4]

Das prätorische Edikt wurde auf Anordnung des Kaisers Hadrian durch den Juristen Julian als Prätor neu redigiert. In dieser Fassung erhielt es durch ein Senatskonsult Bestätigung.[5] Damit war aber der Gegensatz des zivilen und prätorischen Rechtes in den Augen der Römer nicht beseitigt. Das zivile Recht war noch immer allein das volllegitime; das prätorische war eine auf den Nutzen gegründete Norm der Praxis.[6] Selbst im justinianischen Rechte ließ sich dieser Gegensatz nicht verwischen, obgleich er in der Verfassung des Reiches Justinians keinen Halt mehr hatte. In Deutschland aber ließ man bei der Rezeption des römischen Rechtes den Unterschied zwischen prätorischen und zivilen Satzungen fallen.[7]

---

2) Cicero in Verrem lib. I cap. 42 § 119: qui plurimum tribuunt edicto praetoris, edictum legem annuam dicunt esse.

3) l. 8 D. de j. et j. 1, 1. Marcianus libro 1 institutionum: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

4) l. 7 § 1 D. de j. et j. 1, 1. Papinianus libro 2 definitionum: Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.

5) l. 10 C. de cond. indebiti 4, 5, const. *Δέδωκεν* § 18. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 629.

6) Man zweifelte, ob man es jus nennen dürfe. l. 11 D. de j. et. j. 1, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Ganz anders Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883, Bd. 1 S. 375. Er erkennt keine Duplizität der Rechte in Rom an. Für ihn ist das jus civile das gewesene, das Nichtrecht, seit die prätorische Rechtszeugung ihren Höhepunkt erreichte. Dies sind subjektive Auffassungen, nicht die des römischen Volkes.

7) Im justin. Rechte stehen noch die zivile Erbfolge — die hereditas — und die prätorische Erbfolge — die bonorum possessio — scharf geschieden nebeneinander. Es geschieht der Erwerb der Erbschaft nach beiden Rechten in verschiedener Weise. Im gemeinen Rechte dagegen waren beide Systeme verschmolzen. Es gab hier nur eine Erbfolge und eine Weise ihres Erwerbes.

2. Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechtes als jus civile und jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar.

b) Jus gentium war das Recht, welches auf alle Rechtsfähigen, insbesondere auch auf die Peregrinen anwendbar war. Es galt als auf die Natur des Menschen — auf die naturalis ratio — gegründet.

c) Die späteren klassischen Juristen erkannten, daß die Sklaverei, obgleich dem jus gentium angehörend, der menschlichen Natur widerspreche und sich bloß auf Zweckmäßigkeit gründe. Also, folgerte man, ist nicht alles jus gentium zugleich jus naturale. So kam man zu einer Dreiteilung statt der früheren Zweiteilung. Man unterschied außer dem jus civile und dem jus gentium nunmehr noch das jus naturale.[8] Als jus naturale bezeichnete man diejenigen Lebensordnungen, welche Menschen und Tieren gemeinsam sind, z. B. Geschlechtsverbindung, Aufziehung der Kinder.[9]

Für das Recht der Gegenwart sind diese Unterscheidungen bedeutungslos.

§ 21. Öffentliches und privates Recht.[1]

Das Recht ist teils öffentliches, teils privates. Dies ist die oberste Einteilung der Wissenschaft des Rechtes, wie auch seines Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt. Denn einige wendeten sich als Staatsmänner den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtsjuristen den Rechtshändeln der Bürger.[2]

Die Unterscheidung der Disziplinen ist eine wissenschaftliche, aber auch

---

8) Vgl. Savigny, System Bd. 1 S. 109 und Beilage 1.

9) Phantastische naturwissenschaftliche Vorstellungen der Alten mischten sich ein. So berichtet Plinius von einem Pferd, das sich um eines Inzestes willen freiwillig den Tod gegeben habe; wie auch, ob und welche Tiere das adulterium kennen und bestrafen! M. Voigt, das jus naturale der Römer Bd. 1 S. 245. Man unterstellte also, daß das Leben der Tiere nicht bloß durch Naturgesetz, sondern durch eine Art von Rechtsordnung regiert werde.

1) Thon, Rechtsnorm S. 110 ff., vgl. auch Roguin, la règle de droit, Lausanne 1889 S. 174, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4, Wach, Handbuch d. Zivilprozeßrechts § 8.

2) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen Tubero: transiit a causis agendis ad jus civile ... doctissimus habitus est juris publici et privati.

eine praktisch bedeutsame. Sie beruht auf einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte, aber auch auf einem praktischen Kriterium.

Der prinzipielle Gedanke ist folgender. Ist für eine Rechtsnorm das Interesse der einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit das maßgebende, so gehört sie dem öffentlichen Rechte an.[3] Die Einteilung entspricht der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er ist aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Immerhin handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht um scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der einzelnen und das des Ganzen sind auf das engste verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, dies ist oft schwer zu bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die praktische Behandlung ist daher ein mehr konkretes Wahrzeichen von nöten.

Nun ist der Zivilprozeß ausschließlich zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt.[4] Demnach ist empirisch der Schluß gerechtfertigt, soweit der Zivilprozeß offen steht, handelt es sich um Privatrechte. Daher waren z. B. die actiones poenales der Römer ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten trieben die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Zivilprozesses bei. Daß die Bestrafung der Verbrecher auch im dringenden Interesse des Staates liegt, kann hiergegen nicht entscheiden.

Ist aber die Frage, ob ein Anspruch im Wege des Zivilprozesses verfolgbar ist, nicht durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch erledigt und wird sie streitig, so muß der Richter auf den prinzipiellen Gesichtspunkt zurückgreifen, ob das Interesse des einzelnen oder das der Gesamtheit im Vordergrunde steht.[5] [6]

3) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Ulpianus libro 1 instit.: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. § 4 J. eod. 1, 1. Vgl. hierzu indessen Pernice, Parerga IX, Sav.-Ztschr. Bd. 19 S. 140.

4) Es gibt jedoch „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten", für welche Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13.

5) Thon, Rechtsnorm S. 131, sieht das Wesentliche des Privatrechts im Privatanspruch, d. h. in der Verfolgbarkeit im Wege des Zivilprozesses. Aber nicht ganz selten fragt es sich, ob der Weg des Zivilprozesses für einen Anspruch offen steht. Hier versagt eine Theorie, welche das Hauptsymptom für das Wesen der Unterscheidung erklärt. Vgl. Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 153; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4 Anm. 9.

2. Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechtes als jus civile und jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar.

b) Jus gentium war das Recht, welches auf alle Rechtsfähigen, insbesondere auch auf die Peregrinen anwendbar war. Es galt als auf die Natur des Menschen — auf die naturalis ratio — gegründet.

c) Die späteren klassischen Juristen erkannten, daß die Sklaverei, obgleich dem jus gentium angehörend, der menschlichen Natur widerspreche und sich bloß auf Zweckmäßigkeit gründe. Also, folgerte man, ist nicht alles jus gentium zugleich jus naturale. So kam man zu einer Dreiteilung statt der früheren Zweiteilung. Man unterschied außer dem jus civile und dem jus gentium nunmehr noch das jus naturale.[8] Als jus naturale bezeichnete man diejenigen Lebensordnungen, welche Menschen und Tieren gemeinsam sind, z. B. Geschlechtsverbindung, Aufziehung der Kinder.[9]

Für das Recht der Gegenwart sind diese Unterscheidungen bedeutungslos.

§ 21. Öffentliches und privates Recht.[1]

Das Recht ist teils öffentliches, teils privates. Dies ist die oberste Einteilung der Wissenschaft des Rechtes, wie auch seines Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt. Denn einige wendeten sich als Staatsmänner den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtsjuristen den Rechtshändeln der Bürger.[2]

Die Unterscheidung der Disziplinen ist eine wissenschaftliche, aber auch

8) Vgl. Savigny, System Bd. 1 S. 109 und Beilage 1.

9) Phantastische naturwissenschaftliche Vorstellungen der Alten mischten sich ein. So berichtet Plinius von einem Pferd, das sich um eines Inzestes willen freiwillig den Tod gegeben habe; wie auch, ob und welche Tiere das adulterium kennen und bestrafen! M. Voigt, das jus naturale der Römer Bd. 1 S. 245. Man unterstellte also, daß das Leben der Tiere nicht bloß durch Naturgesetz, sondern durch eine Art von Rechtsordnung regiert werde.

1) Thon, Rechtsnorm S. 110 ff., vgl. auch Roguin, la règle de droit, Lausanne 1889 S. 174, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4, Wach, Handbuch d. Zivilprozeßrechts § 8.

2) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen Tubero: transiit a causis agendis ad jus civile ... doctissimus habitus est juris publici et privati.

eine praktisch bedeutsame. Sie beruht auf einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte, aber auch auf einem praktischen Kriterium.

Der prinzipielle Gedanke ist folgender. Ist für eine Rechtsnorm das Interesse der einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit das maßgebende, so gehört sie dem öffentlichen Rechte an.[3] Die Einteilung entspricht der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er ist aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Immerhin handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht um scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der einzelnen und das des Ganzen sind auf das engste verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, dies ist oft schwer zu bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die praktische Behandlung ist daher ein mehr konkretes Wahrzeichen von nöten.

Nun ist der Zivilprozeß ausschließlich zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt.[4] Demnach ist empirisch der Schluß gerechtfertigt, soweit der Zivilprozeß offen steht, handelt es sich um Privatrechte. Daher waren z. B. die actiones poenales der Römer ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten trieben die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Zivilprozesses bei. Daß die Bestrafung der Verbrecher auch im dringenden Interesse des Staates liegt, kann hiergegen nicht entscheiden.

Ist aber die Frage, ob ein Anspruch im Wege des Zivilprozesses verfolgbar ist, nicht durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch erledigt und wird sie streitig, so muß der Richter auf den prinzipiellen Gesichtspunkt zurückgreifen, ob das Interesse des einzelnen oder das der Gesamtheit im Vordergrunde steht.[5] [6]

3) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Ulpianus libro 1 instit.: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat. privatum quod ad singulorum utilitatem. § 4 J. eod. 1, 1. Vgl. hierzu indessen Pernice, Parerga IX, Sav.-Ztschr. Bd. 19 S. 140.

4) Es gibt jedoch „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten", für welche Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13.

5) Thon, Rechtsnorm S. 131, sieht das Wesentliche des Privatrechts im Privatanspruch, d. h. in der Verfolgbarkeit im Wege des Zivilprozesses. Aber nicht ganz selten fragt es sich, ob der Weg des Zivilprozesses für einen Anspruch offen steht. Hier versagt eine Theorie, welche das Hauptsymptom für das Wesen der Unterscheidung erklärt. Vgl. Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 153; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4 Anm. 9.

Die römischen Juristen bezeichnen als öffentliches Recht nur das Staatsrecht mit dem ihm zugehörigen Sakralrecht. Die neuere Systematik teilt dem öffentlichen Rechte zutreffend auch das Strafrecht, den Strafprozeß, den Zivilprozeß, das Kirchenrecht und das Völkerrecht zu.

Regelmäßige Eigenschaft des Privatrechtes ist, daß seine Geltendmachung von den Berechtigten abhängt,[7] und daß Verzichte auf dasselbe zulässig sind. Doch nicht alle privatrechtlichen Befugnisse unterliegen dem Verzicht. Es gibt andererseits öffentliche Rechte, auf die man verzichten kann, z. B. das Recht der Krone.

§ 22. Klassifikation der Privatrechte.[1]

Die Privatrechte beziehen sich teils auf das Vermögen eines Rechtssubjektes — Vermögensrechte —, teils auf dessen persönliche Stellung.

1. Vermögen ist die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person.[2][3]

---

6) Das B.G.B. läßt grundsätzlich das öffentliche Recht unberührt, Einf.Ges. Art. 55. Was dahin gehört, darüber entscheiden nicht bloß grundsätzliche Erwägungen, auch was sich historisch in den einzelnen Bundesstaaten als öffentliches Recht herausgebildet hat, gehört hierher. Bürg. R. Bd. 1 § 13 III S. 35.

7) Ist die Verteidigung unserer Privatrechte gegen Verletzung wenigstens ethische Pflicht des Bürgers? Jhering, der Kampf ums Recht 1872 S. 20 ff. — 10. Auflage 1891 — führt aus: „Der Kampf gegen eine bewußte Verletzung unseres Privatrechtes ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Nur durch sie wird die Majestät des Gesetzes und die von ihm getroffene feste Ordnung des Verkehrslebens gewahrt. In seinem Rechte verteidigt der einzelne zugleich das Gesetz und die unerläßliche Ordnung des Gemeinwesens.“ Hiergegen ist zu erinnern, daß sich auch im Rechte eine Teilung der Arbeit findet, daß der Staat in den Fällen, in welchen seine Ordnung der Verteidigung notwendig bedarf, hierfür eigene Organe besitzt. Für die Verwirklichung des Privatrechtes wirkt das eigene Interesse der einzelnen genügend; dazu kommen verletztes Rechtsgefühl, aber auch Rechthaberei und Starrsinn als treibende Motive. Eine ethische Verpflichtung, verletzte Vermögensansprüche zur Anerkennung zu bringen, besteht nicht. Das Vermögensrecht ist Mittel zur Befriedigung höherer Ziele. Wie weit man es gegen die Verletzung zu verteidigen hat, ist Sache der praktischen Vernunft, nicht der Ethik. Der Bauer, welcher seine Existenz und diejenige seiner Familie durch hartnäckiges Prozessieren um unbedeutender Dinge willen gefährdet, der geistvolle Gelehrte, welcher, statt die Wissenschaft zu fördern, sich ärgert, streitet, prozessiert, der reisende Engländer endlich, um das Beispiel Iherings festzuhalten, welcher wegen der um wenige Gulden übersetzten Gasthofsrechnung wochenlang am Orte bleibt und Zeit und Geld vertut, für die er bessere Verwendung hätte, sie alle verdienen weder Lob noch Mitgefühl. Eine Nation setzt mit Recht an die Erhaltung eines bedrohten Grenzstrichs, und wenn er wertlos wäre, ihr Alles; denn es handelt sich um ihre Ehre. Aber dies beweist nichts, wie Jhering meint, für den einzelnen. Denn die Verteidigung von Geld und Geldeswert durch Prozeß gilt nicht als Ehrenpunkt.

1) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 127 ff. „Die einzelnen Privatrechte“, Gierke, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 29.

2) Birkmeyer, das Vermögen im juristischen Sinne, 1879. Vgl. Bekker, Pand.

In einem weiteren — wirtschaftlichen — Sinn zählen zum Vermögen alle jemandem *tatsächlich* zustehenden geldwerten Güter, also auch der Besitz, d. h. die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, ja selbst die Kundschaft eines Erwerbsgeschäfts.[4]

Die Vermögensrechte sind teils *dingliche*, teils *Forderungsrechte*.

a) *Dinglich sind die Rechte, welche uns eine körperliche Sache unmittelbar unterwerfen.*[5] Das vollkommenste

---

Bd. 1 § 41, Gierke a. a. O. § 31 S. 275 ff. Geldwert hat, was im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzt wird und für Geld anschaffbar ist. Ob das Recht weiter übertragbar ist, kommt nicht in Betracht.

3) Savigny, Bd. 1 S. 340 Anm. 6 bemerkt: „die deutsche Bezeichnung — des Vermögens — ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende *Macht*, das, was wir durch sie auszurichten im stande sind oder *vermögen*." Doch das Vermögen ist nicht das einzige Machtmittel, auch durch Kenntnisse, Geist, Energie vermögen wir vieles! Jene Bezeichnung ist daher wohl anschaulich und nicht unwahr, aber keineswegs den Begriff deckend.

4) l. 49 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 59 ad edictum: Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, id est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint: aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Dem tatsächlichen Haben entspricht die naturalis, dem rechtlichen die civilis appellatio bonorum. So mit Recht Birkmeyer a. a. O. S. 15.

5) Es ist eine in der neueren Zeit vielverbreitete rechtsphilosophische Behauptung, daß im Grunde alle Rechte, auch die dinglichen, nur gegen Personen gerichtet seien. Insbesondere führt Windscheid Bd. 1 § 38 aus: Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen *Person und Sache*. Das dingliche Recht enthält nur *Verbote*. Sein Inhalt ist also ein bloß *negativer*. Er besteht darin, daß sich jedweder der Einwirkung auf die Sache enthalten und den Berechtigten an der Einwirkung auf die Sache nicht hindern dürfe. Da ist es denn nur konsequent, wenn Schloßmann Vertrag S. 257, 261 den wissenschaftlichen Wert des Begriffs des dinglichen Rechts überhaupt bestreitet, so daß ihm das dingliche Recht nur „ein terminologisches Hilfsmittel" ist. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 161, Bierling, Kritik Bd. 2 S. 169, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 26. Nach dieser Betrachtungsweise ist selbst das Eigentum, welches als das positivste aller Rechte erscheint, rechtlich bloß negativen Inhalts. Offenbar ist dies aber nicht die Auffassung des römischen, nicht die des gemeinen Rechtes. Die Römer sagen, „res mea est", d. h. die Sache ist an die Person des Eigentümers gekettet, ihm unterworfen. Die Vindikation der Sache gegen Dritte ist ihnen nur die Folge. Und nicht anders fassen sie die übrigen dinglichen Rechte auf. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1 n. 4 S. 88. Unserer Ansicht nach wurzelt die Unfähigkeit, das dingliche Recht einfach zu begreifen, in dem falschen Begriff des Rechts im subjektiven Sinn, welcher zum herrschenden Dogma wurde. Vgl. hierüber unten § 39. Wer mit der herrschenden Ansicht Recht im subjektiven Sinn mit „Wollendürfen" identifiziert, wird mit Windscheid a. a. O. zu dem Schlusse kommen, daß von Dürfen nicht der Sache gegenüber die Rede sein kann, sondern nur anderen Personen gegenüber. Wer aber mit uns in dem Recht im subjektiven Sinn einen Anteil an Lebensgütern sieht, muß es nur natürlich finden, daß dieser Anteil in erster Linie in Rechten an Sachen besteht. Bis jetzt hat noch niemand die dinglichen Rechte im einzelnen nach der Grundauffassung der Gegner dargestellt. Eine derartige Behandlung derselben, die nach einigen not tut, ist auch

dieser Rechte ist das Eigentumsrecht, das Recht *genereller Herrschaft* über die Sache. Herrschaftsrechte *nach bestimmten Beziehungen* und in *beschränktem Umfange* geben die dinglichen Rechte an fremder Sache z. B. Servituten, Pfandrecht.

b) Die Forderungsrechte oder *Obligationen* sind Rechte des Gläubigers *auf eine vermögenswerte Leistung durch den Schuldner*.

Auch die *Forderungsrechte* haben zum großen Teil Bezug auf *körperliche Sachen*. Aber die Forderung gibt nur ein Recht *gegen den Schuldner*, sie setzt den Berechtigten nicht in eine *unmittelbare Beziehung* zu der geschuldeten Sache. Die Leistung durch den Schuldner ist also der Durchgangspunkt, um die Sache zu gewinnen.

Die Obligationen sind überwiegend Rechte *auf Erlangung* von Vermögenswerten, sie sollen die Schuldobjekte in das Vermögen des Gläubigers *bringen*. Dennoch sind sie schon Bestandteile des Vermögens. Sie sind bereits geldwerte Güter, weil sie einen rechtlich gesicherten Anspruch geben. Um deswillen vermehren sie das Vermögen. Folgerecht gehören auch die Schulden zum Vermögen, sie sind die Subtrahenten desselben.[6] Demnach zerfällt das Vermögen in Aktiva und Passiva. Die Passiva können die Aktiva übersteigen. Das Vermögen ist dann eine negative Größe.

c) Auf einem anderen Einteilungsgrunde beruht die besondere Stellung des *Erbrechtes*. Das Erbrecht regelt vor allem den Übergang des Vermögens eines Verstorbenen auf die Lebenden. Hierbei handelt es sich um eine besondere Weise *des Überganges* des Vermögens, nicht um eine Unterscheidung seiner Bestandteile.

2. Das *Personenrecht* behandelt die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen.[7]

---

nicht zu erwarten. Sie würde sicher Schiffbruch leiden. Vgl. noch Staub, Kohlers Archiv Bd. 5 S. 12.

6) l. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum . . . nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabantur. Nach deutschrechtlicher Ansicht gelten die Schulden als Belastung, welche auf dem Vermögen ruht; Hellwig, Rechtskraft S. 310, Kipp bei Windscheid Bd. 1 S. 42 Anm. 3. So auch nach B.G.B., Bürg.R. Bd. 1 § 103 Anm. 12.

7) Die Ausdrücke „Personenrechte", „persönliche Rechte" und endlich „höchstpersönliche Rechte" haben sehr verschiedene Bedeutung. *Personenrechte* charakterisieren sich durch ihren Gegensatz gegen Vermögensrechte. Die *persönlichen Rechte* bilden eine Spezies der Vermögensrechte. Sie sind *Forderungsrechte*, Rechte, welche die *Leistung eines Schuldners* zum Gegenstande haben und mit einer actio in personam geltend gemacht werden. Sie stehen im Gegensatz zu den

a) Das Recht der Persönlichkeit auf Wahrung der sozialen Stellung der *eigenen* Person.[8] Insbesondere bildet das Recht zur Führung eines Namens, des Adels, eines Titels, Wappens,[9] sowie das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens — der Firma — ein solches Personenrecht. Anzuerkennen ist auch das Recht am eigenen Bilde.[10] [11]

b) Dem Personenrecht gehört zum großen Teile das *Familienrecht* an, welches die Beziehungen der Familienglieder zueinander behandelt. Der Ausdruck *Familie* hat einen zweifachen Sinn. Eine Familie gründen *Ehemann und Ehefrau*; ihre Beziehungen regelt das Eherecht. Familie ist auch der *Kreis der Blutsverwandten* — cognati; hiermit beschäftigt sich ein anderer Hauptteil des Familienrechtes. Die *väterliche Gewalt*, d. h. das Recht des Vaters gegenüber seinen Kindern, tritt hierbei in Rom vorzugsweise hervor.[12]

An das Familienrecht schließt sich das *Vormundschaftsrecht* an, d. h. die gesetzlich geregelte Fürsorge und Vertretung schutzbedürftiger Personen, die nicht in einer Gewalt stehen.

Das privatrechtliche System wird zweckmäßig in folgenden Hauptteilen dargestellt:

1. Allgemeiner Teil, d. h. die allgemeinen Lehren des Privatrechtes. — 2. Sachenrecht. — 3. Obligationenrecht. — 4. Familienrecht. — 5. Erbrecht.[13]

---

dinglichen Vermögensrechten, welche eine Sache unmittelbar ergreifen und mit einer actio in rem geltend gemacht werden. Der Ausdruck *höchstpersönliche Rechte* endlich bezeichnet Rechte, welche an die individuelle Persönlichkeit des *Berechtigten* derart geknüpft sind, daß sie auf andere Personen, insbesondere auch auf die Erben, nicht übergehen können.

8) Bürg. Recht Bd. 1 § 18. Savigny Bd. 1 § 53 leugnete das sogen. Recht „*an der eigenen Person*". Aber nur der Ausdruck ist bedenklich. Bezügliche Privatrechte bestehen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 40, hierzu aber auch Kipp das. und vor allem Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 §§ 81 ff., Gareis, d. R. am menschlichen Körper 1900.

9) Sigmund Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888, Scialoja, del diritto al nome, Roma 1889. Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 77, O. Fischer das. Bd. 6 S. 306, R.G. Bd. 5 S. 172, Bd. 29 S. 123 und die dort angef. Literatur, Gierke a. a. O. § 83. — B.G.B. § 12. Bürg. Recht Bd. 1 § 55. In dem R.G. Bd. 2 S. 145 beurteilten Falle wurde anerkannt, daß auch das Verlangen der Aberkennung des Rechtes zum Gebrauche des Titels und Wappens eines adeligen Hauses im Wege der Zivilklage geltend gemacht werden könne. Vgl. auch R.G. Bd. 18 S. 19, siehe aber auch Preuß. Justiz-Min.-Blatt 1895 n. 47.

10) Keyßner, das Recht am eigenen Bilde 1896.

11) H.G.B. § 37.

12) Nach B.G.B. ist die „väterliche" Gewalt in eine „elterliche" des Vaters, eventuell der Mutter umgewandelt.

13) Die „fünf Bücher" des B.G.B. entsprechen dieser Einteilung.

Zweites Kapitel.

Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 23. Die rechtsbildenden Faktoren.[1]

Rechtsquellen, d. h. die Faktoren, welche Recht im objektiven Sinne begründen, sind Gesetze und Gewohnheiten, an welche sich der Gerichtsgebrauch anschließt.

Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zu Grunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schoße sich das Recht entwickelt. Infolgedessen erblicken viele in der Volksüberzeugung die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechtes. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragendsten Vertreter der historischen Schule gewesen.[2]

Hierin ist Wahres mit Unwahrem gemischt. Niemand wird bezweifeln, daß in gesunden Staats- und Rechtsverhältnissen die Volksüberzeugung, wenn sie einen gewissen Grad von Stärke erreicht, zu Gewohnheiten und Gesetzen führen muß. Aber die einzige Triebfeder der Bildung des Rechtes ist die Volksüberzeugung nicht. Vor allem ist zu beachten, daß das Staatsleben keineswegs immer so gesund ist, um der Volksüberzeugung freie Bahn zu lassen. Daß z. B. unterworfene Nationen jahrhundertelang unter einem ihrer Volksüberzeugung widerstrebenden Rechte lebten, zeigt die Geschichte. Auch bei der Rechtsbildung ferner wie bei allem Menschlichen wirken mancherlei Nebenumstände, ja Zufälligkeiten ein. Es führt z. B. der bloße Nachahmungstrieb zu Gewohnheiten; subjektive Ansichten derer, in deren Hand die Gesetzgebung liegt, führen zu Gesetzen.

Es ist die Volksüberzeugung nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen. Ist doch auch die Volksüberzeugung objektiv nicht leicht mit Sicherheit feststellbar. Man kann sie durch Intuition erkennen, aber sie läßt sich kaum je unmittelbar nachweisen. Rechtsquellen aber bedürfen bestimmter Erscheinungsformen, wie sie sich im Gesetze und in der Gewohnheit finden.

---

1) Über die Entstehung des Rechts vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht 1896 S. 487 ff., hierzu Kipp bei Windscheid § 15 Anm. 5 S. 67.

2) Puchta, Pand. § 10, Savigny Bd. 1 §§ 7 ff. Nur in abgeschwächter Gestalt findet sich die Auffassung noch bei Windscheid Bd. 1 § 15. Eine eingehende Darlegung des Standpunktes von Savigny und Puchta, eine meines Ermessens zutreffende Kritik desselben, sowie die Angabe der hauptsächlichsten Schriften findet sich bei Zitelmann, Gewohnheitsr. und Irrtum, im Archiv für zivil. Praxis Bd. 66 S. 400 ff.

Das Gesetz ist das vom Staate gesetzte Recht. Näher läßt es sich bestimmen als der in einer Schrifturkunde formulierte, verfassungsmäßig erklärte Wille der gesetzgebenden Organe des Staats über Rechtsverhältnisse. Das Gesetz im engeren Sinne stellt Rechtsnormen auf, d. h. Regeln, nach denen die Rechte zu bemessen sind.[3] Im weiteren Sinne sind Gesetze auch Willenserklärungen des Gesetzgebers, welche keine Regel aussprechen, sondern ein einzelnes Rechtsverhältnis z. B. ein Privilegium gestalten.

Gewohnheitsrecht ist die in des Volkes Gewohnheiten liegende Rechtsregel.

Das Gesetz hat seine notwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es geschriebenes Recht — jus scriptum — genannt. Das Gewohnheitsrecht bedarf der Schrift zu seiner Entstehung nicht. Daher bezeichnet man es als ungeschriebenes Recht — jus non scriptum.[4] Gewohnheiten bilden selbst dann kein geschriebenes Recht, wenn sie, wie nicht selten geschah, unter staatlicher Autorität aufgezeichnet wurden. Denn die Schrift begründet auch dann ihre Geltung nicht, sondern bezweckt nur ihre treue und unverfälschte Erhaltung.

Seit alters bezeichnet man vorzugsweise das corpus juris civilis als jus scriptum. Dem tut es keinen Eintrag, daß es in Deutschland nur als Gewohnheitsrecht gilt.

Der Ausdruck Gesetz dient nicht selten zur Bezeichnung jeder Rechtsnorm. So gebrauchen ihn mehrere Reichsgesetze.[5] [6]

§ 24. a. Gesetzgebung. Römisches Recht.

In der justinianischen Zeit ist der Kaiser allein Gesetzgeber, allein rechtmäßiger Ausleger der Gesetze und oberster Richter.[1]

Aber die gesetzgebenden Faktoren der älteren Zeit sind im justinianischen Rechte immer noch grundsätzlich anerkannt. Ihre weitere Wirksamkeit ist gegenüber der kaiserlichen Gesetzgebung nur eingestellt. Das normale Gesetz ist die lex, d. h. der auf Rogation eines Magistrates

3) Zum Denken regt an, doch kann man nicht durchaus beistimmen: Eisele, unverbindlicher Gesetzesinhalt im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 6.

4) §§ 3 und 9 J. de jure nat. 1, 2, l. 33, l. 35, l. 36 D. de leg. 1, 3.

5) Einführungsgesetz zur C.P.O. § 12: „Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm". Einf.Ges. zur Konkursordnung § 2, vgl. C.P.O. § 550. So auch Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 2.

6) B.G.B. enthält über die Rechtsquellen, insbesondere auch über das Gewohnheitsrecht keine Vorschriften.

1) l. 12 C. de legibus 1, 14. Justinianus: tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

gefaßte Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das Plebiszit gleich, der in ähnlicher Weise rogierte und angenommene Beschluß der römischen Plebs.[2] Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch Senatuskonsulte übt.[3] Gesetzeskraft haben ferner die responsa prudentium, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondieren, begnadeten Juristen.[4] Edikte der Prätoren und der kurulischen Ädilen begründen gleichfalls gesetzesähnliches Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Sie konnte daher die Volksgesetze nicht direkt antasten.[5] Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimiert seien, war noch unter den klassischen Juristen bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerlichen Irrtum.[6]

Da die kaiserlichen Verordnungen ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu legen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Die einzelnen Arten waren:[7]

1. Kaiserliche Edikte, d. h. vom Kaiser besonders verkündete Rechtsnormen.[8]

2. Mandate, d. h. in den Instruktionen der Kaiser für die Provinzialstatthalter festgestellte Rechtsnormen.[9]

3. Dekrete, d. h. kaiserliche Urteile, soweit sie Rechtssätze aussprachen und anwendeten.[10]

---

2) §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das Nähere ist Aufgabe der Rechtsgeschichte. Die „lex Aquilia“ bildete ein Plebiszit l. 1 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: non ambigitur senatum jus facere posse. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abt. 2. 3. Aufl. S. 881 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1, 14. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.

7) Gaj. Inst. I § 5, § 6 J. de jure nat. 1, 2, l. 1 D. de const. principum 1, 4.

8) l. 3 C. de legibus 1, 14.

9) Ein für das Privatrecht höchst wichtiges caput ex mandatis bezüglich des Militärtestamentes teilt mit l. 1 pr. D. de testamento militis 29, 1.

10) l. 1 § 1 D. de const. princ. 1, 4 Ulpianus libro 1 institutionum: Quodcunque imperator . . . vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est . . . legem esse constat. Einen grundsätzlichen Widerspruch gegen die Gesetzeskraft der Interlokutionen des Kaisers will l. 3 C. de legibus 1, 14 nicht erheben. Man soll sie nur in der Regel als für den einzelnen Fall bestimmt ansehen. —

4. Reskripte, d. h. kaiserliche Antworten auf Anfragen von Privaten, sowie Bescheide auf Anfragen von Behörden — consultationes — sofern sie Rechtsregeln aussprachen.[11]

Dekrete und Reskripte hatten den nächsten Zweck, über ein konkretes in Frage stehendes Rechtsverhältnis zu entscheiden. Insoweit wirkten sie nur unter den Parteien, welche bei diesem Rechtsverhältnis beteiligt waren. Soweit sie aber bei dieser Veranlassung allgemeine Rechtssätze formulierten, hatten sie Verbindungskraft für alle.[12] Inwieweit in einem Reskript oder Dekret allgemeine Rechtswahrheiten enthalten waren, oder nur die Besonderheit des Falles zum Ausdruck kam, darüber mußten schließlich Jurisprudenz und Praxis befinden.[13]

§ 25. Gesetzgebung in Deutschland.

Mit der deutschen Staatsverfassung waren die römischen Grundsätze über die gesetzgebende Gewalt unvereinbar. Denn in Deutschland bestand weder die Souveränität des Volkes, wie im republikanischen Rom, noch eine despotische Fürstengewalt, wie im justinianischen Reiche.[1]

Im alten deutschen Reiche hatte der Kaiser in Verbindung mit dem

---

Hauptbeispiel eines Gesetzes in Form eines Dekretes ist das decretum divi Marci l. 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

11) Die Form der Reskripte konnte sein entweder die eines besonderen Schreibens — epistola — beziehungsweise in förmlicherer Gestalt — pragmatica sanctio — oder Antwort auf dem Anschreiben — adnotatio, subscriptio. Ein sachlicher Unterschied bestand zwischen diesen Formen nicht.

12) Die kaiserlichen Erlasse wurden in Registerbücher — commentarii — eingetragen, die je für das Jahr geführt und im kaiserlichen Archiv aufbewahrt wurden. Aus ihnen schöpfte man vorzugsweise. Vgl. Breßlau in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 6 S. 242.

13) l. 1 § 1 u. 2 D. de const. princ. 1, 4. Rechtsunsicherheit und mißbräuchliche Ausdehnung der Reskripte waren naheliegende Gefahren. Dagegen reagierten manche Kaiser und suchten die Gesetzeskraft der Reskripte einzuschränken, l. 2 C. de legibus 1, 14. Einen durchgreifenden Erfolg hatte eine derartige Selbstbeschränkung nicht. Siehe freilich Savigny Bd. 1 S. 128, Mommsen, Zeitschr. der Sav.Stftg. rom. Abt. Bd. 12 S. 256.

1) Savigny Bd. 1 S. 164 findet, „daß unsere Juristen die im römischen Rechte über die Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkürlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen". Er entscheidet sich dahin, daß die römischen Vorschriften über die Rechtsquellen als dem Staatsrechte angehörend überhaupt nicht rezipiert seien. Die Voraussetzung, von der Savigny ausgeht, daß alles, was dem Staatsrechte angehört, nicht rezipiert sei, ist aber nicht bewiesen, vgl. oben § 4 Anm. 5. Auch hat die deutsche Praxis nie an der Rezeption zahlreicher, die Rechtsquellen betreffender Sätze des römischen Rechtes gezweifelt. Es verhält sich hier nicht anders als bei anderen Rechtsmaterien. Diejenigen Rechtssätze, welche mit der deutschen Rechtsauffassung unvereinbar waren, wurden nicht rezipiert, diejenigen, welche in derselben Anknüpfungspunkte hatten, gingen in das gemeine Recht über. Nach Kipp bei Windscheid § 16 Anm. a. S. 70 freilich haben römisch-kanonische Quellenstellen für uns nicht die Bedeutung verbindlicher Rechtssätze.

Reichstage die gesetzgebende Gewalt. Daneben gewannen die Landesherren und Reichsstädte das Recht der Gesetzgebung. Es bestand auch in weitem Maße Autonomie, d. h. das Recht der Selbstgesetzgebung unter den Genossen.[2]

Nach der Verfassung des neuen Reiches entstehen die Reichsgesetze zwar durch übereinstimmende Beschlüsse des *Bundesrates* und des *Reichstages*.[3] Sie erhalten verbindliche Kraft aber erst durch ihre Verkündigung von Reichs wegen durch das Reichsgesetzblatt. Die Ausfertigung und Verkündigung steht dem *Kaiser* zu.[4] [5]

Das Reich ist zuständig für die gemeinsame Gesetzgebung über das Privatrecht.[6] Die Landesgesetzgebung besteht daneben. Reichsgesetze gehen ihr aber vor, sofern sie nicht selbst dem Landesrecht den Vorrang überlassen, sich also einen bloß subsidiären Charakter geben. Die Autonomie ist im jetzigen Recht sehr eingeschränkt; sie steht vorzugsweise noch den Familien des hohen Adels bezüglich ihrer Familienverhältnisse und ihrer Güter zu.[7]

Gesetze treten meist erst in Kraft, nachdem eine *gewisse Zeit von der Verkündigung ab verflossen* ist. Die verbindliche Kraft von Reichsgesetzen insbesondere beginnt regelrecht mit dem 14. Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben ist. Deshalb wird der Tag der

2) Vgl. Stobbe, D. P.R. Bd. 1 § 19, Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon „Autonomie", Regelsberger Bd. 1 § 24, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 19.

3) Reichsverfassung Art. 5.

4) Reichsverfassung Art. 2, Art. 17.

5) Ist die Verkündigung formell rechtsbeständiger Beschlüsse von Bundesrat und Reichstag schlechthin eine Verpflichtung des Kaisers? Meist wird dies behauptet: Georg Meyer, Der Anteil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgeb. 1889 S. 6, 79, Kolbow im Archiv für öff. Recht Bd. 7 S. 73 und dort Zitierte. Die Verfassung enthält hiervon nichts. Es ist nur zuzugeben, daß sie die Verkündigung als die Regel unterstellt. Aber der Kaiser könnte sie in außerordentlichen Fällen, z. B. bei einem Regierungs- und Systemwechsel unserer Ansicht nach verweigern, ohne daß hierin ein Verfassungsbruch läge. So hat er indirekt außerordentlicherweise ein Veto. Vgl. Fricke, die Verpflichtung des Kaisers zur Verkündigung der Reichsgesetze, Leipz. Dekanatsprogr. 1885, Bürg. R. Bd. 1 § 22 S. 61. — Im neueren konstitutionellen Staatsrecht unterscheidet man „*formelle*" Gesetze, worunter man jeden Staatsakt versteht, der in die Formen der Gesetzgebung gekleidet ist, insbesondere auch das sog. Budgetgesetz, welches die Einnahmen und Ausgaben des Staates normiert, und „*materielle*" Gesetze, die einen Rechtssatz aufstellen. Vgl. Albert. Hänel, Das Gesetz i. form. u. mater. Sinn 1888, Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt 1900, Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 1, 226, Thon, Gesetz im formellen u. materiell. Sinn, Archiv f. öff. R. Bd. 5 S. 149.

6) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13 nach dem Reichsgesetze v. 20. Dezember 1873. Vgl. oben § 1 Anm. 4.

7) Vgl. R.G. Bd. 18 S. 198. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 57 und 58. Bürg. R. Bd. 1 § 20.

Ausgabe auf dem Blatte bemerkt. Das Gesetz kann *vorschreiben*, daß es *früher* oder daß es *später* in Kraft tritt. Es kann sein Inkrafttreten auf einen bestimmten späteren Termin setzen oder vom Eintritt gewisser bedingender Ereignisse, z. B. der künftigen Publikation anderer Gesetze, abhängig machen.[8]

Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt.[9] Es ist Streitfrage, ob der *Richter* befugt ist, die *Legalität* eines vom Kaiser formell verkündeten *Reichsgesetzes* zu prüfen,[10] und in entsprechender Weise, ob ihm diese Prüfung bezüglich der Rechtsbeständigkeit eines vom *Landesherrn* formell *verkündeten Landesgesetzes* zusteht. Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen. Denn der Richter soll nur nach den Gesetzen richten. Nicht was als Gesetz erscheint, sondern was Gesetz ist, muß für ihn maßgebend sein.[11]

Ein alter Spruch ist: jura novit curia. Der Richter *hat das Recht zu kennen*.[12] Dies bezieht sich unbedingt aber nur auf *inländische Gesetze*. Solche Gesetze hat der Richter nach seiner Amtspflicht seinerseits zu ermitteln, sie sind nicht Gegenstand eines Beweises der Parteien. Der Richter hat diese Gesetze auch anzuwenden, wenn sie die Beteiligten nicht anrufen.

---

8) Reichsverf. Art. 2 Satz 2, 3.

9) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 1.

10) Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 2 S. 57, behauptet: „der durch die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers gesicherte Abdruck des Gesetzes im Reichsgesetzblatte hat die rechtliche Eigenschaft der Authentizität. Die Prüfung, welche den Behörden und Angehörigen des Reiches hinsichtlich der Existenz der Reichsgesetze obliegt, beschränkt sich daher darauf, daß sie sich überzeugen, daß das Reichsgesetz in dem Reichsgesetzblatt in der dem Art. 17 der Reichsverfassung entsprechenden Art und Weise abgedruckt ist.“ Vgl. auch Jellinek, Gesetz und Verordnung 1887 S. 396. Aber die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch Bundesrat und Reichstag, und nur *Reichsgesetze* erhalten durch ihre Verkündigung Kraft. Daß, was als Reichsgesetz verkündigt ist, auch Reichsgesetz sei, dafür spricht die Vermutung — legalia praesumuntur. Nichts berechtigt uns aber, die Präsumtion in eine Fiktion zu verwandeln. Über das richterliche Prüfungsrecht vgl. R.G. Bd. 24 S. 3, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 18 IV, Kipp bei Windscheid § 14 Anm. 2 S. 61. — Der Fall ist denkbar, daß Teile eines vom Bundesrat und Reichstag angenommenen Gesetzes bei der Publikation infolge Versehens wegbleiben! Dann ist die Publikation ungültig, denn das Gesetz ist ein unteilbares Ganze. Schreib- und Druckfehler können nachträglich berichtigt werden, nach R.G. Bd. 41 S. 34 auch „bloß sprachliche Änderungen“. Vgl. hiergegen Bürg. R. § 22 Anm. 4 S. 63.

11) Landesgesetzlich ist zuweilen das Gegenteil bestimmt. So im Art. 106 Abs. 2 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat v. 31. Januar 1850.

12) So schon die Glosse „probatis his“ zu l. 1 C. quae sit longa consuetudo 8. 52, vgl. C.P.O. § 293, unten § 28 Anm. 2. Bezüglich der *Tatsachen*, auf welche sich die Rechte der Parteien stützen, gilt dagegen der Satz „quod non est in actis, non est in mundo“. Vgl. auch Friedrich Stein, das private Wesen des Richters 1893 S. 174 ff.

§ 26. b. Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur.[1]

Die älteste Rechtsquelle ist die Gewohnheit. Auf die Gewohnheit führt der Ursprung von Staat und Recht zurück, gründen sich die fundamentalen Institute des Privatrechtes, wie Eigentum, Ehe, Verwandtschaft.

Im Laufe der Entwicklung treten die Gesetze in den Vordergrund. Sie haben eine unvergleichlich geringere produktive Kraft, als die Gewohnheit. Aber sie bestimmen den Rechtszustand, welcher gewohnheitsmäßig entstanden war, in das einzelne hinein, sie bilden ihn nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit fort.[2] Neben der Gesetzgebung macht sich die reflektierende Jurisprudenz geltend, welche das Recht systematisch ausarbeitet. Gegenüber der Tätigkeit dieser Faktoren erschlafft die Kraft der Gewohnheit. Nunmehr kommt die Zeit, in welcher mancher das Gesetz als einzig normale Quelle des Rechtes ansieht und die Berechtigung des Gewohnheitsrechtes in Frage stellt. Jetzt fühlt man das Bedürfnis, das Gewohnheitsrecht aus inneren Gründen zu rechtfertigen, gleichsam zu *verteidigen*. Man sucht nunmehr seine Ebenbürtigkeit mit dem Gesetze zu erweisen, indem man es auf denselben *Urgrund* wie dieses zurückführt.

So taten die römischen Juristen der Kaiserzeit. Sie lehrten, der Wille des Volkes sei der Grund des Rechtes. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundgebe oder durch die Übung.[3] Andere Wege schlug man in der Neuzeit

---

1) Aus der Literatur heben wir hervor: Puchta, Das Gewohnheitsrecht 2 Bde. 1828, 1837. Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S. 466 ff. Adickes, Lehre von den Rechtsquellen 1872. Zoll in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 10. Adolf Schmidt, das G.R., Leipziger Programm 1881. Zitelmann, G.R. und Irrtum im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 66 n. 13. Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 27 n. 3, Franken, Juristenrecht 1889, Schuppe, Kritik der beiden ersten §§ des Entwurfs 1890, Neukamp im Arch. f. bürg. R. Bd. 12 S. 89. S. Brie, die Lehre vom Gewohnheitsr. Bd. 1 1899, A. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre v. Gewohnheitsr. 1901; vgl. auch A. Pernice, Parerga X, Zeitschr. d. Sav.-Stftg. Bd. 20 S. 127, Bd. 22 S. 59. — Das B.G.B. läßt die Lehre des Gewohnheitsrechtes unberührt.

2) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 Abt. 1, 4. Aufl. S. 28, hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz formell dem Gewohnheitsrechte weit überlegen ist. Wenn aber in der neueren Zeit die Wertschätzung des Gesetzesrechtes gegenüber dem Gewohnheitsrechte sehr gestiegen ist, so sollte man nicht übersehen, daß die *schöpferische* Kraft der Gesetzgebung eine sehr geringe ist, vor allem auf dem Gebiete des Privatrechtes, und daß ihr das Gewohnheitsrecht in dieser Hinsicht weit überlegen ist.

3) l. 32 § 1 D. de legibus, 1, 3. Julianus libro 84 Digestorum. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Dies schrieben dann die anderen nach: Ulp. fragm. I § 4: mores sunt tacitus consensus populi, longa

ein. Im achtzehnten Jahrhundert sah man vielfach in den Gesetzen allein die normale Rechtsquelle; die Gewohnheit sollte daher nur infolge stillschweigender *Genehmigung* des Gesetzgebers Verbindungskraft haben.[4] Die historische Schule trat dem entgegen. Sie ging dabei von der Voraussetzung aus, daß die *Volksüberzeugung* Verbindungskraft habe, und leitete aus ihr die Gewohnheit ab, wie das Gesetz. In der Gewohnheit spiegele sich die Volksüberzeugung unmittelbar, im Gesetze mittelbar.

In Wirklichkeit liegen in solchen Erörterungen philosophische Erklärungen. Die Verbindungskraft des Gewohnheitsrechtes beruht nicht auf deren Begründetheit. Sie ist eine historische Tatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechtes.[5]

Hiernach ist es ungerechtfertigt, wenn Gerichte bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, außer der Tatsache langjähriger Rechtsgewohnheit fordern, daß ihnen deren Übereinstimmung mit einer Volksüberzeugung erhelle.[6] Ein derartiges Erfordernis ist dem positiven Rechte fremd. Nichts legitimiert den Richter dazu, eine solche Anforderung zu stellen.

§ 27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes.

Langjährige Rechtsgewohnheiten des Volkes oder eines Kreises des Volkes bilden Gewohnheitsrecht. Es ist also erfordert:

1. eine Gewohnheit, d. h. ein *gleichförmiges Tun oder Lassen*. Nach der jeweiligen Sachlage ist zu beurteilen, wie viele Fälle genügen. Aus ihr erhellt, ob einzelne Abweichungen vom Gewöhnlichen oder ob entgegengesetzte Handlungen als bloße Abnormitäten anzusehen

---

consuetudine inveteratus, vgl. l. 35 D. h. t. 1, 3. Vgl. hierzu Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 156.

4) Vgl. hierüber Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 1 S. 23.

5) An die Stelle der Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes tritt neuerdings folgerecht die Frage nach dem verbindenden Grunde der Gesetze überhaupt, d. h. der Rechtsnormen. Sie gehört offenbar der Rechtsphilosophie an. Mit ihr beschäftigt sich namentlich Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, sowie Zitelmann a. a. O. S. 446, Stammler, Wirtschaft und Recht S. 486 ff.

6) Es geschieht das namentlich durch das Reichsgericht in zahlreichen Urteilen, welche man bei Zitelmann a. a. O. S. 324 zusammengestellt findet. Beispielsweise führt R.G. Bd. 3 S. 211 aus: „es liegt kein Grund vor, dem fraglichen Gerichtsgebrauch rechtserzeugende Kraft beizulegen, denn auch hier ist nicht nachweisbar, daß derselbe eine partikulare Rechtsüberzeugung zur Quelle habe". Nach dieser Auffassung wäre die Rechtsüberzeugung ein selbständiges, besonders darzutuendes Erfordernis des Gewohnheitsrechtes. Freilich lehnt sich das Reichsgericht an die Theorie gewichtiger Autoritäten an, vgl. unten § 14 Anm. 4. Aber quellenmäßig und dem Wesen der Sache entsprechend ist jene Auffassung nicht. Anders Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 20 S. 164.

sind, welche der Annahme einer Gewohnheit nicht entgegentreten, oder ob sie die Gewohnheit in Frage stellen.

Die Gewohnheit ergibt sich vorzugsweise aus *Handlungen*. Aber auch *Unterlassungen* genügen, wenn sie ersichtlich das Ergebnis von Willensentschlüssen sind. Ein Beispiel wäre, wenn sämtliche Neubauten in einer Stadt lange Zeit hindurch einen bestimmten Minimalabstand von der Grenze einhielten.

2. Es muß eine *langjährige Übung* vorliegen.[1] Mit Unrecht haben sich manche Neuere um deswillen dagegen erklärt, weil die Volksüberzeugung auch in einem einmaligen Geschehen hervortreten könne. In der Tat ist die dauernde Übung ein wesentliches Element für die Bildung des Gewohnheitsrechtes. Dem Menschengeist wohnt Ehrfurcht vor dem Althergebrachten inne und die Scheu, dasjenige anzutasten, was lange bestand. Denn das Bestehende läßt sich in seinen Wirkungen übersehen, die Vorteile, die es bringt, sind abmeßbar wie die Nachteile. Wie dasjenige wirken wird, was man an die Stelle setzen könnte, ergibt mit Sicherheit erst die Zukunft. Das fühlt das Volk instinktiv und deshalb will es, daß an alten guten Gewohnheiten festgehalten werde.

Die Zeit ist ein wesentlicher Faktor wie bei der *Gewohnheit*, so auch bei der *Verjährung*. Aber die Gewohnheit bildet Recht im objektiven Sinne, also eine Rechtsnorm, die Verjährung begründet oder vernichtet Recht im subjektiven Sinn, also eine Berechtigung, sie bezieht sich nur auf ein einzelnes Verhältnis.

Dem kanonischen Rechte kam dies nicht zum klaren Bewußtsein. Deshalb forderte es Ablauf der *Verjährungszeit*, also mindestens von zehn Jahren.[2] Hiervon ist die neuere Theorie allgemein und die Praxis überwiegend abgegangen. Dies ist zweckmäßig. Die Verhältnisse liegen zu verschieden, als daß ein einheitlicher Maßstab empfehlenswert wäre. Mehrjährige Dauer ist aber notwendig. Über die Zahl der Jahre entscheidet richterliches Ermessen.

---

1) Die römischen Quellen reden von longa, inveterata consuetudo, vgl. die oben § 26 Anm. 3 angeführten Stellen; daher lautet auch die Überschrift des Digestentitels 1, 4 „de legibus et ... *longa* consuetudine". Insbesondere fordert Hermogenian in der l. 35 D. h. t.: „quae longa consuetudine comprobata sunt et per plurimos annos observata". Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 47 n. 90 (R.G.).

2) cap. 11 X de cons. 1, 4 „nisi si fuerit rationabilis et legitime sit praescripta", vgl. cap. 3 in 6to 1, 3, Brie a. a. O. S. 81 ff. Savigny sieht in diesen Worten bloß die Hervorhebung der Notwendigkeit „*längerer* Dauer" der Übung. Allein die Worte fordern mehr, nämlich „die *gesetzliche Verjährungszeit*". Sie schließen sich dabei an die im Mittelalter bei den Juristen herrschende Ansicht an. Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 98 ff. — Windscheid § 16 Anm. 1 sieht die Bestimmung des kanonischen Rechtes als durch die Praxis beseitigt an, worin man ihm beitreten kann. Vgl. indessen auch Kipp das. Anm. a S. 70.

3. Die langjährige Übung muß eine *Rechtsgewohnheit*, d. h. sie muß zu *einer Rechtsregel geworden sein*. Dies ist es, was man herkömmlicherweise als das Erfordernis der opinio necessitatis bezeichnet.

Das bloß aus Rücksichten der Sitte, des Anstandes lange Zeit Geübte ist daher nicht Gewohnheitsrecht.

Von dem Gewohnheitsrecht scharf zu unterscheiden ist der bloße *Geschäftsgebrauch*, d. h. was bei Geschäften gewisser Art meistens vorkommt, ohne daß es zu einer *Rechtsregel* wird. Es wird vermutet, daß die Beteiligten das allgemein Gebräuchliche bei ihren Geschäften wollten, es bildet also im Zweifel einen Bestandteil ihrer Vereinbarung, aber es ist nicht eine Norm des objektiven Rechtes. Dahin gehört z. B. der Gebrauch, daß bei Kaufgeschäften gewisser Art dem Käufer ein Abzug — Rabatt — vom Kaufpreise verstattet wird.[3] Den Geschäftsgebrauch bezeichnet man vorzugsweise als Usance; doch ist der Sprachgebrauch kein fester.

Wiederholte *irrtümliche* Auslegung eines Gesetzes bildet noch kein Gewohnheitsrecht. Aber es kann aus ihr ein Gewohnheitsrecht erwachsen, indem das lange Zeit Geübte schließlich um der langjährigen Übung willen selbständige Autorität gewinnt.[4]

---

3) Für den Geschäftsgebrauch gilt der Satz: l. 31 § 20 D. de aedil. edicto 21, 1 Ulpianus libro ad edictum aedilium curulium — ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire. Aber dieser Satz gilt für den Geschäftsgebrauch nur, wenn sich ihm die Parteien unterwerfen, sei es, daß sie seinen Inhalt *speziell* kannten, oder daß sie sich ihm *allgemein* unterwarfen, ohne den Inhalt zu kennen, z. B. sie kontrahieren ein Börsengeschäft zu Berlin auf Grund der Usancen der Berliner Börse, ohne diese speziell zu kennen. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 22 S. 371. Über derartige „Handelsgebräuche" können nach dem Gerichtsverfassungsgesetze des Reiches § 118 die Kammern für Handelssachen aus eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden. Über die Befugnisse anderer Richter in dieser Hinsicht siehe R.G. Bd. 2 S. 383. — Vgl. übrigens Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897.

4) In der l. 39 D. de leg. 1, 3 entscheidet Celsus libro 23 Digestorum: quod non ratione introductum, sed errore primum. deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. Viele, z. B. Windscheid § 16 Anm. 3, leiten hieraus den Satz, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Irrtum beruhen dürfe. Celsus aber geht gerade umgekehrt davon aus, daß sich auf Grund eines ursprünglichen *Irrtums ein Gewohnheitsrecht gebildet habe* — consuetudine optentum est — und entscheidet nur, daß aus derartigen irrationalen, mehr zufälligen Rechtsbildungen analoge Schlüsse nicht zu machen seien. Des Irrtums gedenkt er, um anschaulich zu machen, wie es komme, daß sich das irrationale Gewohnheitsrecht einbürgerte, siehe unten § 33. Vgl. vorzüglich Zitelmann a. a. O. S. 323, Rümelin a. a. O. S. 169, Brie a. a. O. S. 27. R.G. Bd. 26 S. 323 und dort angef. Entsch. d. R.G. verwerfen die Annahme eines Gewohnheitsrechtes, wenn sich die Übung „lediglich" als Übung des nach der Meinung der Beteiligten bestehenden gesetzlichen Rechtes darstellt. Dies ist mit den Sätzen unseres Textes nicht unvereinbar. Nach Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 20 S. 167 ff., Kipp bei Windscheid § 16 Anm. 3 S. 72 ist der Irrtum überhaupt gleichgültig.

4. Es muß sich um eine Übung des Volkes oder eines Kreises der Volksgenossen handeln. Man pflegt hiernach zu unterscheiden: gemeine Gewohnheiten, die das Volksganze beherrschen, und Herkommen oder Observanzen, die nur einen engeren Geltungsbereich haben, z. B. einzelne kommunale Verbände, Standesgenossen.

5. Die Rechtsgewohnheit muß auch eine löbliche sein, um Gewohnheitsrecht zu machen, d. h. sie darf nicht gegen die gesunde Vernunft[5] und die guten Sitten verstoßen.[6]

§ 28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes.

Ob ein Gewohnheitsrecht im gegebenen Falle vorhanden ist, wird häufig zweifelhaft sein, denn die Tatsachen, durch welche es dargetan werden soll, sind oft erst durch weitläufige Prozeduren, insbesondere durch Zeugenaussagen über die einzelnen Fälle der Übung festzustellen. Aber auch die Rechtsfrage, ob sich aus den erwiesenen Tatsachen ein Gewohnheitsrecht ergibt, bietet häufig Schwierigkeiten. Denn die rechtlichen Kriterien des Gewohnheitsrechtes lassen, wie sich ergab, dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum.[1] Dies macht sich in solchen Epochen weniger fühlbar, in welchen ungelehrte Gerichte urteilen, welchen die Kenntnis der in ihrem Kreise bestehenden Gewohnheiten unmittelbar innewohnt. Nach der Einsetzung gelehrter Gerichte aber, welchen die Gewohnheiten des Ortes oder eines Standes fast fremd waren, trat die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes scharf hervor. Die juristische Praxis und die ältere Doktrin war daher dem Gewohnheitsrechte sehr abgeneigt. Die historische Schule hatte dagegen nur Auge für die idealen Vorzüge des Gewohnheitsrechtes, nicht für dessen formale Unvollkommenheit. —

Diese verschiedene Schätzung des Gewohnheitsrechtes macht sich in folgenden Streitfragen geltend:

1. Seit der Glossatorenzeit war gemeine Meinung, daß der Richter von Amts wegen zwar die Gesetze zu kennen, nötigenfalls zu erkunden habe, daß aber Gewohnheiten, wie Tatsachen, sofern sie nicht notorisch seien, dem Richter von den Parteien bewiesen werden müßten, wenn sie sich auf dieselben stützten.[2]

5) l. 2 C. quae sit long. cons. 8, 52, verb. „ut rationem vincat“, nov. 134 cap. 1, vgl. cap. 11, cap. ult. X de cons. 1, 4. Viele leugnen freilich dies Erfordernis.

6) R.G. Bd. 11 S. 212, Bd. 12 S. 292, Bähr, Urteile des R.G. S. 18.

1) Schon die Römer bezeichneten das Gewohnheitsrecht als incertum jus, l. 2 § 3 D. de orig. jur. 1, 2.

2) glossa „probatis his“ zu l. 1 C. h. t. jus non scriptum pendet ex facto; factum esse necesse probari; Brie a. a. O. § 16, § 22.

Dagegen erklärte Puchta,[3] es sei Pflicht des Richters, das Recht zu kennen. Da nun Gewohnheitsrecht nicht minder Recht sei, wie Gesetzesrecht, so habe der Richter auch die Gewohnheitsrechtssätze, die nicht gerichtskundig seien, von Amts wegen zu erforschen.

Ist dies gleich logisch, so handelt es sich doch auch um praktische Erwägungen. Infolge derselben hat C.P.O. § 293 einen vermittelnden Standpunkt. Der Richter hat hiernach das Gewohnheitsrecht ohne weiteres anzuwenden, wenn es gerichtskundig ist, es von Amts wegen zu erforschen, wenn ihm dies der Sachlage entsprechend scheint, z. B. eine behauptete örtliche Gewohnheit über Kirchenbaulast beim Konsistorium der Provinz zu erfragen.[4] Amtliche Erklärungen, welche die Gewohnheit *unmittelbar* bezeugen, können dabei genügen, auch ohne ausreichende Anführung einzelner Fälle. Hiervon abgesehen haben die Parteien die Tatsachen, auf welche sie die Behauptung des Gewohnheitsrechtes stützen, wie andere Tatsachen zu beweisen.[5]

2. Alte Streitfrage ist, ob *Gewohnheiten* die Kraft haben, *ältere Gesetze zu beseitigen*. Dies bejaht mit größter Bestimmtheit der Jurist Julianus in den Pandekten in ausführlicher Erörterung, und es verneint mit trockener Kürze, aber mit derselben Bestimmtheit der Kaiser Konstantin im Kodex. Jenes unbedingte Ja und dieses unbeschränkte Nein zu vereinigen, ist unmöglich, wenn man den Äußerungen nicht Gewalt antun will.[6]

---

3) Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 151 ff., ergänzend Brie a. a. O. S. 49 ff.

4) C.P.O. § 293 bestimmt, der Richter sei „befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen". — Was aber „*Befugnis*" des Richters bildet, ist stets auch dessen *Pflicht*, wo die Sachlage die Anwendung erfordert. Denn der Richter hat nie *nach Willkür* zu handeln, auch nicht wo sein freies Ermessen stattfindet. — Die in neueren Gesetzen oft wiederkehrende Ausdrucksweise „der Richter ist befugt" oder „er kann" ist unangemessen, weil dies leicht verdunkelt.

5) Der Richter ist nicht verpflichtet, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Nichtbestehen er unmittelbar Kenntnis hat, oder von dessen Bestehen er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Tatumstände sich nicht überzeugt halten würde, R.G. Bd. 3 S. 149.

6) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 Julianus libro 84 Digestorum: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52. Imp. Constantinus: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem. Die herkömmliche Vereinigung beruht auf der Erklärung, daß *partikulares* Gewohnheitsrecht ein *gemeines* Recht nicht aufheben könne Dieser Versuch hat ein historisches Interesse, vgl. oben § 4 Anm. 1; derzeit vertritt ihn noch Regelsberger Bd. 1 § 23. Er beruht nicht auf richtiger Methode. In der l. 2 C. h. t. ist nichts zu finden, was auf „partikulare Gewohnheiten" und ihr Verhältnis zu „gemeinen" Gesetzen hinweist. Es setzt diese Erklärung voraus, daß Konstantin gerade diejenigen Momente, von denen er seine Entscheidung abhängig machen wollte, verschweige. Vgl. jedoch Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 163, Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 155, wie hier Brie a. a. O. S. 38 ff. Aus der Reichs-

gefaßte Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das Plebiszit gleich, der in ähnlicher Weise rogierte und angenommene Beschluß der römischen Plebs.[2] Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch Senatuskonsulte übt.[3] Gesetzeskraft haben ferner die responsa prudentium, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondieren, begnadeten Juristen.[4] Edikte der Prätoren und der kurulischen Ädilen begründen gleichfalls gesetzesähnliches Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Sie konnte daher die Volksgesetze nicht direkt antasten.[5] Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimiert seien, war noch unter den klassischen Juristen bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerlichen Irrtum.[6]

Da die kaiserlichen Verordnungen ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu legen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Die einzelnen Arten waren:[7]

1. Kaiserliche Edikte, d. h. vom Kaiser besonders verkündete Rechtsnormen.[8]

2. Mandate, d. h. in den Instruktionen der Kaiser für die Provinzialstatthalter festgestellte Rechtsnormen.[9]

3. Dekrete, d. h. kaiserliche Urteile, soweit sie Rechtssätze aussprachen und anwendeten.[10]

---

2) §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das Nähere ist Aufgabe der Rechtsgeschichte. Die „lex Aquilia“ bildete ein Plebiszit l. 1 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: non ambigitur senatum jus facere posse. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abt. 2. 3. Aufl. S. 881 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1, 14. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.

7) Gaj. Inst. I § 5, § 6 J. de jure nat. 1, 2, l. 1 D. de const. principum 1, 4.

8) l. 3 C. de legibus 1, 14.

9) Ein für das Privatrecht höchst wichtiges caput ex mandatis bezüglich des Militärtestamentes teilt mit l. 1 pr. D. de testamento militis 29, 1.

10) l. 1 § 1 D. de const. princ. 1, 4 Ulpianus libro 1 institutionum: Quodcunque imperator . . . vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est . . . legem esse constat. Einen grundsätzlichen Widerspruch gegen die Gesetzeskraft der Interlokutionen des Kaisers will l. 3 C. de legibus 1, 14 nicht erheben. Man soll sie nur in der Regel als für den einzelnen Fall bestimmt ansehen. —

4. Reskripte, d. h. kaiserliche Antworten auf Anfragen von **Privaten**, sowie Bescheide auf Anfragen **von Behörden** — consultationes — sofern sie Rechtsregeln aussprachen.[11]

Dekrete und Reskripte hatten den nächsten Zweck, über ein **konkretes** in Frage stehendes **Rechtsverhältnis** zu entscheiden. Insoweit wirkten sie nur **unter den Parteien**, welche bei diesem Rechtsverhältnis beteiligt waren. Soweit sie aber bei dieser Veranlassung **allgemeine Rechtssätze** formulierten, hatten sie Verbindungskraft für **alle**.[12] Inwieweit in einem Reskript oder Dekret allgemeine Rechtswahrheiten enthalten waren, oder nur die Besonderheit des Falles zum Ausdruck kam, darüber mußten schließlich Jurisprudenz und Praxis befinden.[13]

§ 25. Gesetzgebung in Deutschland.

Mit der deutschen Staatsverfassung waren die römischen Grundsätze über die gesetzgebende Gewalt unvereinbar. Denn in Deutschland bestand weder die Souveränität des Volkes, wie im republikanischen Rom, noch eine despotische Fürstengewalt, wie im justinianischen Reiche.[1]

Im alten deutschen Reiche hatte der Kaiser in Verbindung mit dem

---

Hauptbeispiel eines Gesetzes in Form eines Dekretes ist das decretum divi Marci l. 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

11) Die Form der Reskripte konnte sein entweder die eines **besonderen Schreibens** — epistola — beziehungsweise in förmlicherer Gestalt — pragmatica sanctio — oder **Antwort auf dem Anschreiben** — adnotatio, subscriptio. Ein sachlicher Unterschied bestand zwischen diesen Formen nicht.

12) Die kaiserlichen Erlasse wurden in Registerbücher — commentarii — eingetragen, die je für das Jahr geführt und im kaiserlichen Archiv aufbewahrt wurden. Aus ihnen schöpfte man vorzugsweise. Vgl. Breßlau in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 6 S. 242.

13) l. 1 § 1 u. 2 D. de const. princ. 1, 4. Rechtsunsicherheit und mißbräuchliche Ausdehnung der Reskripte waren naheliegende Gefahren. Dagegen reagierten manche Kaiser und suchten die Gesetzeskraft der Reskripte einzuschränken, l. 2 C. de legibus 1, 14. Einen durchgreifenden Erfolg hatte eine derartige Selbstbeschränkung nicht. Siehe freilich Savigny Bd. 1 S. 128, Mommsen, Zeitschr. der Sav.Stftg. rom. Abt. Bd. 12 S. 256.

1) Savigny Bd. 1 S. 164 findet, „daß unsere Juristen die im römischen Rechte über die Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkürlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen". Er entscheidet sich dahin, daß die römischen Vorschriften über die Rechtsquellen als dem Staatsrechte angehörend überhaupt nicht rezipiert seien. Die Voraussetzung, von der Savigny ausgeht, daß alles, was dem Staatsrechte angehört, nicht rezipiert sei, ist aber nicht bewiesen, vgl. oben § 4 Anm. 5. Auch hat die deutsche Praxis nie an der Rezeption zahlreicher, die Rechtsquellen betreffender Sätze des römischen Rechtes gezweifelt. Es verhält sich hier nicht anders als bei anderen Rechtsmaterien. Diejenigen Rechtssätze, welche mit der deutschen Rechtsauffassung unvereinbar waren, wurden nicht rezipiert, diejenigen, welche in derselben Anknüpfungspunkte hatten, gingen in das gemeine Recht über. Nach Kipp bei Windscheid § 16 Anm. a. S. 70 freilich haben römisch-kanonische Quellenstellen für uns nicht die Bedeutung verbindlicher Rechtssätze.

Die neuere Theorie und Praxis erkennt die derogatorische Kraft jüngerer Gewohnheiten gegenüber älteren Gesetzen an. Man kann sich hierfür auf das kanonische Recht stützen, welches dem Gewohnheitsrecht zwar die Kraft versagt, natürliches und göttliches Recht umzustoßen, nicht aber positive Gesetze zu beseitigen.[7] Es entspricht aber auch der Erfahrung, daß die Gesetze der zerstörenden Einwirkung entgegengesetzter Gewohnheiten mit der Zeit unterliegen.

§ 29. c. Gerichtsgebrauch.

Eine dem Gewohnheitsrecht verwandte, aber eigenartige Rechtsquelle ist der Gerichtsgebrauch. Seine Verbindungskraft ist bestritten.[1] Die Vorfrage ist, was man unter Gerichtsgebrauch versteht.

Einzelne Präjudizien eines Gerichtes, auch des höchsten, bilden nicht Gerichtsgebrauch.[2] Kommt die in ihnen behandelte Rechtsfrage in einem neuen Rechtsstreit wieder zur Verhandlung, so ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, der Kritik das Ohr offen zu halten. Eigensinniges Festhalten an unzutreffenden Präjudizien ist der Rechtspflege und der Autorität des Gerichtes ebensowenig förderlich, als leichtes Aufgeben derselben ohne durchschlagende Gründe. Ein maßgebender Gerichtsbrauch existiert auch nicht, solange die Gerichte desselben Staats- und Rechtsgebietes der Art in verschiedener Weise urteilen, daß ein fester Zustand nicht hergestellt ist.

Gerichtsgebrauch ist die allgemeine, gleichförmige und langjährige Übung eines Rechtssatzes durch die Gerichte des Rechtsgebietes.

Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft wie das Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht im engeren Sinne ist der Gerichtsgebrauch nicht, denn dieses geht aus den Handlungen oder Unterlassungen der Beteiligten hervor. Die Gewohnheit bildet Volksrecht, der Gerichtsgebrauch Juristen-

---

verfassung ist zu schließen, daß gegenüber deutschem Reichsrecht partikuläre Gewohnheiten ohne Kraft sind.

7) cap. ult. X de cons. 1, 4, Brie a. a. O. §§ 10, 11. R.G. Bd. 5 S. 133 nimmt hiernach an: Es vermag ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken. Übereinstimmend R.G. in Seuff. Arch. Bd. 52 n. 1.

1) Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch im Archiv für ziv. Pr. Bd. 23 S. 432. Albert, d. Gerichtsgbr. Gött. Inaug.-Diss. 1890. Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 142, Brie a. a. O. § 8. Vgl. auch O. Bülow, Gesetz und Richteramt 1885; Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 262.

2) Nichts anderes besagt die l. 13 C. de sententiis 7, 45 von Justinian, welche man oft gegen die Verbindungskraft des Gerichtsgebrauches anführt. Dem Unterrichter sollen, heißt es hier, die Präjudizien der Oberrichter, welche er für unrichtig hält, nicht maßgebend sein, „cum non exemplis, sed legibus judicandum est“.

recht.[3] Die Verwandtschaft liegt aber darin, daß eine langjährige Rechtsübung bestehe, die um ihres Alters willen Autorität und Gesetzeskraft in Anspruch nimmt.

Diese Kraft hat der Gerichtsgebrauch auch gegenüber dem geschriebenen Gesetz. Allerdings soll der Richter die Gesetze anwenden, er ist nicht befugt, dieselben zu verändern oder gar aufzuheben. Allein auch das Gesetz kann sich nur durch Betätigung erhalten. Ist es jahrhundertelang vergessen oder mißverstanden, ist es der Wirklichkeit fremd geworden, so widerspricht es der Gerechtigkeit, dasselbe in seinem ursprünglichen Sinn dem Leben aufzudrängen. Nach dem Gerichtsgebrauch haben sich die Verhältnisse gestaltet, er gilt dem Verkehr als Recht. Das Gesetz hat aufgehört, das Recht zu sein. Der Gerichtsgebrauch hat es beseitigt oder umgestaltet und seinerseits Gesetzeskraft gewonnen.[4]

Zuweilen finden sich staatliche Einrichtungen, welche der Bildung eines Gerichtsgebrauches Vorschub leisten sollen. Insbesondere hat die Errichtung eines Reichsgerichts für Deutschland den Zweck, einen einheitlichen Gerichtsgebrauch anzubahnen. Die Erreichung dieses Zieles wird durch die Bestimmung gefördert, daß kein Senat des Reichsgerichtes von der Entscheidung eines anderen Senates oder der vereinigten Senate selbständig abweichen darf, daß er

3) l. 38 D. de legibus 1, 3. Callistratus libro 1 quaestionum. Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Der Gerichtsgebrauch wird hier mit Recht der Gewohnheit zur Seite gestellt, nicht untergeordnet. Das Gesetz ist schon dann zweideutig, wenn es der Gerichtsgebrauch anders ausgelegt, als es der Interpret für richtig hält.

4) Die herrschende Theorie ist eine andere. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 19 ff., lehrt, daß in Zeiten, in welchen das Recht infolge seiner weiteren Ausbildung im Bewußtsein aller seiner Glieder zurücktrete, auf natürlichem Wege die Juristen das Organ würden, in welchem sich die nationalen Ansichten aussprechen und die gemeinsame Überzeugung des Juristenstandes dieselbe Stelle, wie die Überzeugung der Glieder der Nation überhaupt einnehme. Von dieser gemeinsamen Überzeugung der Juristen, welche als Volksüberzeugung zu qualifizieren sei, sei aber jede bloß wissenschaftliche und wissenschaftlich zu begründende Ansicht auszunehmen, auf welche sich die äußere Autorität, welche der gemeinsamen Überzeugung der Juristen als Repräsentanten der Nation zuzuschreiben sei, nicht erstrecken könne. Diesen Auffassungen hat sich Windscheid § 16 a. E. angeschlossen. Das R.G. sucht sie in seinen Entscheidungen zu verwerten. Allein wenn wir auch von der Frage absehen, ob die Volksüberzeugung unmittelbare Rechtsquelle ist, so ist es doch jedenfalls unerwiesen und unbeweisbar, daß die Juristen spezifische Träger jeder Volksüberzeugung sind. Schließlich schwächt dies auch Windscheid in erheblichstem Maße ab. Die Unterscheidung ferner der Kraft des Gerichtsgebrauchs, je nachdem er „Volksüberzeugung" oder nicht, ist eine prekäre und führt auch praktisch zu verkehrten Resultaten. Der Gerichtsgebrauch, welcher seit Jahrzehnten oder Jahrhunderten gewisse Formen für die Errichtung eines gerichtlichen Aktes festhielt, ist sicher zu respektieren, wegen seines Alters, sowie mit Rücksicht auf die Kontinuität des Rechtes und auf die Sicherheit des Verkehrs. Auf einer „Volksüberzeugung" beruht er freilich nicht. Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 S. 179.

vielmehr vorher die Beschlußfassung der vereinigten Senate zu veranlassen hat.[5] [6]

Die Autorität des Gerichtsgebrauches ist immerhin leichter zu erschüttern, als die eines Gesetzes. Seine Verbindungskraft ist, da über dieselbe sehr verschiedene Ansichten herrschen, eher in Frage zu stellen. So mag es sich ereignen, daß er seine Kraft bei Veränderungen im Volksleben, in den Staatseinrichtungen, in der Gerichtsverfassung und selbst gegenüber durchgreifenden wissenschaftlichen Bewegungen verliert.

Dies wird durch Vorgänge unserer Zeit beleuchtet. In den deutschen Partikularstaaten erfuhren Sätze des gemeinen Rechtes durch den Gerichtsgebrauch vielfach eine besondere Ausprägung, welche sich Jahrhunderte hindurch bei den Landesgerichten vererbte. Bei Begründung des Deutschen Reichs wurde das Reichsgericht niedergesetzt mit der Aufgabe, die Rechtseinheit zu fördern. Und nun wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Berechtigung des besonderen Gerichtsgebrauches in Frage gestellt und viele der partikularen Rechtsbildungen fielen.[7] [8]

§ 30. Außerkrafttreten der Gesetze.[1]

Gesetze verlieren ihre Wirkungskraft entweder aus Gründen, die in ihnen selbst liegen, oder durch neue Gesetze. Unter Gesetz verstehen wir hier jede Rechtsnorm.

1. Es kommt vor, daß Gesetze von vornherein ihrer Wirkung eine zeitliche Grenze setzen. Sie werden etwa für gewisse Ausnahmezustände erlassen, z. B. für die Dauer eines Kriegszustandes, oder für gewisse Zeit, wie dies z. B. bei den deutschen Sozialistengesetzen der Fall war, so daß sie mit Eintreten des Endtermins nicht weiter eingreifen.

Das Gesetz verliert seine Kraft ferner, wenn das Verhältnis, welchem es bestimmt war, dauernd beseitigt ist; ja selbst dann, wenn man nachträglich erkennt, daß dieses Verhältnis nicht vorkommen kann. Gesetze z. B. gegen Hexen[2] wurden gegenstandslos, als man einsah, daß Hexerei unmöglich ist.

---

5) G.V.G. § 137 (abgeändert durch Ges. v. 17. März 1886). Vgl. C.P.O. § 565. Das Vorbild gab die Organisation des ehemaligen preußischen Obertribunals.

6) Über ältere Einrichtungen siehe Stobbe, P.R. Bd. 1 § 24, Roth, P.R. Bd. 1 § 45.

7) Siehe namentlich R.G. Bd. 3 S. 210, ferner Bd. 1 S. 313.

8) Ansichten von Rechtslehrern können Autorität gewinnen und so einen Gerichtsgebrauch herbeiführen. Daß aber, wie Regelsberger Bd. 1 § 25 meint: „was von den hervorragendsten Vertretern der Wissenschaft gelehrt wird (communis doctorum opinio), die Vermutung der Richtigkeit für sich hat", ist haltlos. Dagegen auch Kipp bei Windscheid § 16 Anm. 8 S. 75. Über die Verbindungskraft der Theorie vgl. noch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 III.

1) Eisele im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 69 S. 283, Regelsberger Bd. 1 § 26.

2) Vgl. z. B. die Erwähnung der Hexerei in l. un. C. de thesauris 10, 15.

Dagegen hört die Wirkungskraft eines Gesetzes dadurch allein nicht auf, daß sich die Umstände, welche es veranlaßten, geändert haben.[3] Dies kann nur eine Veranlassung dazu geben, das Gesetz aufzuheben.

2. In der Regel verlieren die Gesetze ihre Kraft nur durch widersprechende jüngere Gesetze. Dies soll der Satz ausdrücken: lex posterior derogat priori.[4]

Der Widerspruch kann entweder im jüngeren Gesetze speziell erklärt sein oder sich mittelbar aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben.

a) Das Wünschenswerte ist, daß das jüngere Gesetz die Gesetze speziell und erschöpfend bezeichnet, welche es außer Kraft setzt. Dies Verfahren ist aber nicht allgemein durchführbar. Oft wirkt ein neues Gesetz der Art auf den bisherigen Rechtszustand ein, daß kaum übersehbar ist, wohin es seine Wirkung erstreckt, oft modifiziert es bloß die alten Gesetze, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen. In solchen Fällen überläßt es der Gesetzgeber der Jurisprudenz und der Praxis, festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht.

b) Soweit es an einer speziellen Bezeichnung der aufgehobenen älteren Gesetze fehlt, muß die Aufhebung aus dem Inhalt des neuen Gesetzes demonstrierbar sein. Und zwar muß der Widerspruch mit dem älteren Gesetze unzweideutig erhellen. Denn das ältere Gesetz erhält sich, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist.[5] Es hat für sich, daß es in Kraft gesetzt ist, und wirkt daher so lange weiter, als das Außerkraftsetzen nicht klar ersichtlich ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegenstand — „dieselbe Materie" — bezieht, wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.

Insbesondere erhalten sich die neben einer Regel stehenden Sonderrechte im Fall gesetzlicher Änderung der Regel.[6]

Man drückt diese Grundsätze durch den Spruch aus: correctoriae leges sunt stricte interpretandae.[7]

---

3) Man drückt dies nicht selten so aus: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Wer aber unter ratio legis den Grundgedanken des Gesetzes versteht, sagt umgekehrt: cessante ratione legis cessat lex.

4) Vgl. l. 4 D. de const. princ. 1, 4.

5) l. 28 D. de leg. 1, 3. Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 32.

6) Bei Veränderungen der Gebietshoheit bedarf es eines besonderen gesetzgeberischen Aktes, um das bisher geltende Privatrecht außer Kraft zu setzen. Dasselbe behält also unveränderte Geltung, solange ein solcher Akt nicht erfolgt. Auch bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen ist im Zweifel davon auszugehen, daß das Gebiet, auf welches sie sich erstrecken, durch eine Veränderung der politischen Grenzen nicht betroffen ward. R.G. Bd. 42 S. 304.

7) Wird ein Gesetz bloß als ein temporäres erlassen, so tritt nach Eintritt des

vielmehr vorher die Beschlußfassung der vereinigten Senate zu veranlassen hat.[5] [6]

Die Autorität des Gerichtsgebrauches ist immerhin leichter zu erschüttern, als die eines Gesetzes. Seine Verbindungskraft ist, da über dieselbe sehr verschiedene Ansichten herrschen, eher in Frage zu stellen. So mag es sich ereignen, daß er seine Kraft bei Veränderungen im Volksleben, in den Staatseinrichtungen, in der Gerichtsverfassung und selbst gegenüber durchgreifenden wissenschaftlichen Bewegungen verliert.

Dies wird durch Vorgänge unserer Zeit beleuchtet. In den deutschen Partikularstaaten erfuhren Sätze des gemeinen Rechtes durch den Gerichtsgebrauch vielfach eine besondere Ausprägung, welche sich Jahrhunderte hindurch bei den Landesgerichten vererbte. Bei Begründung des Deutschen Reichs wurde das Reichsgericht niedergesetzt mit der Aufgabe, die Rechtseinheit zu fördern. Und nun wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Berechtigung des besonderen Gerichtsgebrauches in Frage gestellt und viele der partikularen Rechtsbildungen fielen.[7] [8]

§ 30. Außerkrafttreten der Gesetze.[1]

Gesetze verlieren ihre Wirkungskraft entweder aus Gründen, die in ihnen selbst liegen, oder durch neue Gesetze. Unter Gesetz verstehen wir hier jede Rechtsnorm.

1. Es kommt vor, daß Gesetze von vornherein ihrer Wirkung eine zeitliche Grenze setzen. Sie werden etwa für gewisse Ausnahmezustände erlassen, z. B. für die Dauer eines Kriegszustandes, oder für gewisse Zeit, wie dies z. B. bei den deutschen Sozialistengesetzen der Fall war, so daß sie mit Eintreten des Endtermins nicht weiter eingreifen.

Das Gesetz verliert seine Kraft ferner, wenn das Verhältnis, welchem es bestimmt war, dauernd beseitigt ist; ja selbst dann, wenn man nachträglich erkennt, daß dieses Verhältnis nicht vorkommen kann. Gesetze z. B. gegen Hexen[2] wurden gegenstandslos, als man einsah, daß Hexerei unmöglich ist.

---

5) G.V.G. § 137 (abgeändert durch Ges. v. 17. März 1886). Vgl. C.P.O. § 565. Das Vorbild gab die Organisation des ehemaligen preußischen Obertribunals.

6) Über ältere Einrichtungen siehe Stobbe, P.R. Bd. 1 § 24, Roth, P.R. Bd. 1 § 45.

7) Siehe namentlich R.G. Bd. 3 S. 210, ferner Bd. 1 S. 313.

8) Ansichten von Rechtslehrern können Autorität gewinnen und so einen Gerichtsgebrauch herbeiführen. Daß aber, wie Regelsberger Bd. 1 § 25 meint: „was von den hervorragendsten Vertretern der Wissenschaft gelehrt wird (communis doctorum opinio), die Vermutung der Richtigkeit für sich hat", ist haltlos. Dagegen auch Kipp bei Windscheid § 16 Anm. 8 S. 75. Über die Verbindungskraft der Theorie vgl. noch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 III.

1) Eisele im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 69 S. 283, Regelsberger Bd. 1 § 26.

2) Vgl. z. B. die Erwähnung der Hexerei in l. un. C. de thesauris 10, 15.

Dagegen hört die Wirkungskraft eines Gesetzes dadurch allein nicht auf, daß sich die Umstände, welche es veranlaßten, geändert haben.[3] Dies kann nur eine Veranlassung dazu geben, das Gesetz aufzuheben.

2. In der Regel verlieren die Gesetze ihre Kraft nur durch widersprechende jüngere Gesetze. Dies soll der Satz ausdrücken: lex posterior derogat priori.[4]

Der Widerspruch kann entweder im jüngeren Gesetze speziell erklärt sein oder sich mittelbar aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben.

a) Das Wünschenswerte ist, daß das jüngere Gesetz die Gesetze speziell und erschöpfend bezeichnet, welche es außer Kraft setzt. Dies Verfahren ist aber nicht allgemein durchführbar. Oft wirkt ein neues Gesetz der Art auf den bisherigen Rechtszustand ein, daß kaum übersehbar ist, wohin es seine Wirkung erstreckt, oft modifiziert es bloß die alten Gesetze, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen. In solchen Fällen überläßt es der Gesetzgeber der Jurisprudenz und der Praxis, festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht.

b) Soweit es an einer speziellen Bezeichnung der aufgehobenen älteren Gesetze fehlt, muß die Aufhebung aus dem Inhalt des neuen Gesetzes demonstrierbar sein. Und zwar muß der Widerspruch mit dem älteren Gesetze unzweideutig erhellen. Denn das ältere Gesetz erhält sich, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist.[5] Es hat für sich, daß es in Kraft gesetzt ist, und wirkt daher so lange weiter, als das Außerkraftsetzen nicht klar ersichtlich ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegenstand — „dieselbe Materie" — bezieht, wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.

Insbesondere erhalten sich die neben einer Regel stehenden Sonderrechte im Fall gesetzlicher Änderung der Regel.[6]

Man drückt diese Grundsätze durch den Spruch aus: correctoriae leges sunt stricte interpretandae.[7]

---

3) Man drückt dies nicht selten so aus: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Wer aber unter ratio legis den Grundgedanken des Gesetzes versteht, sagt umgekehrt: cessante ratione legis cessat lex.

4) Vgl. l. 4 D. de const. princ. 1, 4.

5) l. 28 D. de leg. 1, 3. Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 32.

6) Bei Veränderungen der Gebietshoheit bedarf es eines besonderen gesetzgeberischen Aktes, um das bisher geltende Privatrecht außer Kraft zu setzen. Dasselbe behält also unveränderte Geltung, solange ein solcher Akt nicht erfolgt. Auch bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen ist im Zweifel davon auszugehen, daß das Gebiet, auf welches sie sich erstrecken, durch eine Veränderung der politischen Grenzen nicht betroffen ward. R.G. Bd. 42 S. 304.

7) Wird ein Gesetz bloß als ein temporäres erlassen, so tritt nach Eintritt des

Einen Gegensatz zu den korrektorischen Gesetzen bilden die s. g. Kodifikationen. Sie schreiben die Aufhebung aller Gesetze vor, welche in die von ihnen geordneten Materien einschlagen.[8]

Jüngere Landesgesetze heben nach der Verfassung des neuen deutschen Reiches Reichsgesetze nicht auf.[9]

Drittes Kapitel.

Arten der Rechtsnormen.

§ 31. Zwingende Gesetze.[1]

Die Gesetze sind teils zwingende, teils nichtzwingende. Auch hier nehmen wir den Ausdruck Gesetz für jede Rechtsnorm.

Zwingende Gesetze — jus publicum — regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse der Art, daß sie abweichenden Festsetzungen der Beteiligten keinen Raum lassen.[2] Den Be-

---

Endtermines in der Regel das früher in Geltung stehende Gesetz wieder in Kraft. Wird dagegen ein Gesetz ohne Zeitbeschränkung in Kraft gesetzt und später aufgehoben, so erhält nicht etwa das früher in Geltung stehende Gesetz wieder Wirksamkeit. Vielmehr fehlt es dann an einer besonderen Rechtsnorm über den Gegenstand. Er regelt sich daher nach allgemeinen Grundsätzen.

8) Vgl. oben § 6 Anm. 2. Wichtige Beispiele sind folgende: Die „prozeßrechtlichen" Vorschriften der Landesgesetze hob auf § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. Dabei bleibt vielfach der Zweifel, ob eine Norm eine „prozeßrechtliche" oder eine „materiellrechtliche" ist. Das Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 § 2 setzt außer Kraft das Reichs- und Landesstrafrecht, „insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand dieses Strafgesetzbuches sind". Das Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 55 sieht vor: Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

9) Reichsgesetze heben nicht bloß widersprechende Landesgesetze auf, sondern auch solche Landesgesetze, welche sich mit dem Reichsgesetz decken, R.G. Bd. 19 S. 180.

1) Ehrlich, das zwingende und nichtzwingende R. 1899.

2) l. 38 D. de pactis 2, 14, Papinianus libro 2 quaestionum: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Bülow, dispositives Zivilprozeßrecht im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 49 behauptet, dieser Satz Papinians beziehe sich nicht auf eine bestimmte Art der Gesetze, er solle die Majestät jeder Gesetzesnorm gegenüber dem Privatwillen wahren. — Richtig ist, daß der Wille der einzelnen nicht weiter Wirkung hat, als dies das Gesetz gestattet, daß von einer „Änderung des Rechtes als solchen durch den Parteiwillen" nicht die Rede sein kann. Dies sind aber Wahrheiten, welche die römischen Juristen voraussetzen und mit denen sie sich nicht beschäftigen. Ihnen handelt es sich um die konkrete Frage, inwieweit man sich den Vorschriften eines einzelnen Gesetzes durch Privatvereinbarungen entziehen kann, und hiernach teilen sie die Rechtsnormen ein. Daher sagt Papinian libro 14 quaestionum, l. 3 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamenti factio non privati sed publici juris est, womit er die Vorschriften über Testamentsfähigkeit als

teiligten mag es freistehen, ob sie in das Rechtsverhältnis eintreten, tun sie dies aber, so unterliegen sie dem zwingenden Gesetze unabweislich. Zwingend sind vor allem Gesetze, welche aus der Eigenart eines Rechtsinstitutes notwendig folgen, z. B. die Pflicht des Zusammenlebens der Ehegatten, oder das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf der Pfandsache.[3] Häufig erhält ferner eine Rechtsnorm den zwingenden Charakter aus Rücksichten des allgemeinen Wohles und aus rechtspolizeilichen Gründen. Es ist namentlich rechtlich unzulässig, was gegen die guten Sitten verstößt.[4]

Die zwingenden Gesetze sind entweder *Gebots- oder Verbotsgesetze*, je nachdem sie ein Gebot oder ein Verbot aussprechen.

Die Folgen, welche sich an die Übertretung eines Verbotes knüpfen, können verschieden bestimmt sein.[5] Im Anschluß an eine Äußerung Ulpians[6] pflegt man in folgender Weise zu unterscheiden:

a) Die leges perfectae erklären die Übertretung des Gesetzes für *nichtig*, beziehungsweise ungültig. Es ist z. B. nichtig das Versprechen immerwährender Ehelosigkeit. Mit der Nichtigkeit kann sich Strafe verbinden. Es waren z. B. wucherische Geschäfte, welche gegen das Gesetz vom 24. Mai 1880 verstießen, nichtig und strafbar.

b) Die leges minus quam perfectae bedrohen eine Handlung mit *Strafe, ohne sie für nichtig zu erklären*. Beispielsweise war nach römischem Rechte die Ehe, welche eine Witwe im Trauerjahre schloß, zwar nicht nichtig, hatte aber die Strafe der Infamie für die Beteiligten und andere Strafen im Gefolge.[7]

c) Die leges imperfectae drohen weder Nichtigkeit noch Strafe an, suchen aber die verbotene Handlung *auf andere Weise zu verhindern*.[8]

Die l. 5 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian erklärt, daß gesetzliche Verbote die Androhung der Nichtigkeit der Zuwiderhandlung in sich

---

einer besonderen Art von Rechtsnormen — den zwingenden — zugehörig bezeichnet. Vgl. l. 1 § 10 D. de o. n. n. 39, 1, l. 45 § 1 D. de R. J. 50, 17, l. 27 D. eod.

3) l. 4 D. de pigneraticia actione 13, 7. B.G.B. § 1228.

4) l. 26 D. de verb. obl. 45, 1: Ulpianus libro 42 ad Sabinum. Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

5) Fr. Endemann, zivilrechtl. Wirkung d. Verbotsgesetze 1887.

6) Ulpian fragm. tit. 1 § 2: Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit. Die Stelle ist verstümmelt. Ob sie wirklich von leges perfectae und imperfectae sprach, ist bestritten.

7) l. 8 ff. D. de his, qui not. 3, 2, l. 1 ff. C. de secundis nuptiis 5, 9.

8) Das klassische Beispiel des römischen Rechtes war die lex Cincia, welche größere Schenkungen verbot, aber weder für nichtig noch für strafbar erklärte. Der

schließen.[9] Es ist dies eine Auslegungsregel für römische Verbotsgesetze, sie galt daher im justinianischen Rechte nur, wenn das Gesetz selbst nichts anderes verfügte. Auf Verbotsgesetze der neueren Zeit kann die römische Auslegungsregel nicht angewendet werden. Vielmehr ist aus Wort und Sinn der Gesetze zu entnehmen, welche Folgen sich an die Zuwiderhandlung knüpfen sollen.[10]

Das Verbot trifft nicht bloß, was der Verfügung des Gesetzes unmittelbar widerstreitet, sondern auch was in fraudem legis geschieht, d. h. das Verbotene auf Umwegen erstrebt,[11] die das Gesetz nicht unmittelbar vorgesehen hat. Dies dann, wenn das Verbotsgesetz nicht bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziele ungangbar machen, sondern einen materiellen, insbesondere wirtschaftlichen Erfolg verhindern will.[12] Verbietet es z. B., gewissen Personen etwas letztwillig zuzuwenden, so soll ihnen auch nichts durch Vorschiebung Dritter zugewendet werden.[13]

Die Auslegung des Gesetzes kann indessen auch ergeben, daß es bloß bestimmte, ihm vorzugsweise gefährlich erscheinende Geschäftsweisen treffen will, dagegen es für Handel und Verkehr bedenklich erachtet, alle verwandten, den gleichen oder ähnlichen Zwecken dienenden Geschäfte in Frage zu stellen. Beispielsweise verbot Kaiser Konstantin die lex commissoria

---

Magistrat gab keine Klage, solange die Schenkung nicht rechtlich und tatsächlich vollendet war.

9) Das im Jahre 213 erlassene Reskript von Antoninus l. 6 C. de pactis 2, 3 bestimmt ähnlich: pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. Dasselbe hatte aber eine beschränkte Bedeutung und erklärt sich aus l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14.

10) Das R.G. Bd. 5 S. 124 hat dagegen die römischen Gesetze zur Auslegung eines für Hannover erlassenen preußischen Gesetzes über Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien benutzt. Hiernach wurden die Geschäfte über solche Loose nicht bloß für strafbar, sondern auch für nichtig erklärt. Vgl. auch R.G. Bd. 18 S. 243. Nach B.G.B. § 134 ist ein gegen gesetzliches Verbot verstoßendes Geschäft nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt".

11) l. 29 D. de leg. 1, 3: Paulus libro singulari ad legem Cinciam. Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 30 D. eod., l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14. In älteren römischen Gesetzen wurde ausdrücklich rezipiert quae in fraudem facta sunt, vgl. bezüglich der lex Fufia Caninia Gaj. Inst. I § 46.

12) Sehr gut Kohler, Studien über Mentalreservation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 144. Vgl. Hellwig im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 369 ff., Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 52 ff., Barthelmes, das Handeln in fraudem legis, Göttinger Inaug.-Diss. Berlin 1889, G. A. Leist, die Sicherung von Forderungen, Jena 1889 S. 88 ff., Iwo Pfaff, z. L. v. d. s. g. in fraudem legis agere 1892 und dort S. 20 ff. Angef., P. Neff, Beiträge zur Lehre v. d. fraus legi facta, Berl. Inaug.-Diss. 1895, Lindelmann, die Sicherheitsübereignungen im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 7 S. 209 mit Nachwort von Kohler.

13) Vgl. l. 3 § 3 D. de S. C. Mac. 14, 6 und l. 64 § 1 D. de cond. 35, 1: Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam. Quod si ita scriptum esset, „si Ariciae non nubserit" interesse, an fraus legi facta esset, nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

pignorum d. h. eine Klausel, wonach die Pfandsache dem Pfandgläubiger bei nicht rechtzeitiger Zahlung der versicherten Forderung anstatt derselben verfallen sein soll. Ein bedingter Verkauf der Pfandsache an den Pfandgläubiger zum Schätzungswert für den Fall des Ausbleibens der Zahlung wurde hierdurch nicht betroffen.[14] [15]

§ 32. Nichtzwingende Gesetze.[1]

Zahlreiche Gesetze regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse nicht zwingend, lassen vielmehr *abweichender Ordnung durch die Beteiligten Raum*. Nichtzwingende Gesetze sind besonders auf dem Gebiete des Privatrechtes häufig; denn da es sich hier vorzugsweise um Privatinteressen handelt, so ist es natürlich, daß dem Parteibelieben ein weiter Spielraum bleibt. Aber auch das *öffentliche* Recht kennt *nichtzwingende* Normen. Ein großer Teil der Vorschriften des Zivilprozesses gehört zu denselben. Selbst im Staatsrecht kommen sie vor, z. B. wenn eine Städteordnung Vorschriften gibt, die durch Gemeindestatut abgeändert werden können.

Man nennt herkömmlicherweise die Gesetze dieser Klasse *Dispositivgesetze*, weil sie „simpliciter disponunt, non prohibent". Treffend ist diese Benennung nicht, denn alle Gesetze verfügen, auch die gebietenden. Richtiger ist es, einfach von nichtzwingenden Gesetzen zu sprechen. Damit wird das Charakteristische solcher Gesetze, nämlich die Negation des Zwanges, hervorgehoben.

Die Neueren haben sehr verschiedene Benennungen gewählt. Man spricht von „ergänzenden", von „vermittelnden" Gesetzen, von „nachgiebigem" oder „auslegendem" Recht. Keiner dieser Ausdrücke hat allgemeine Anerkennung gefunden.[2]

Die meisten betrachten die nichtzwingenden Gesetze als den Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen, als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens der Parteien. Die Normen ergänzen bloß, sagt man, das, was der Privatwille unbestimmt gelassen hat, so

14) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34.

15) l. 16 § 9 D. de pignoribus 20, 1. Wir folgen den Quellen, indem wir nur von dem gewöhnlichsten Fall, nämlich der Umgehung eines *Verbotsgesetzes* sprechen. Die Umgehung eines gebietenden Gesetzes ist entsprechend zu behandeln.

1) Bülow, dispositives Zivilprozeßrecht im Archiv für ziv. Pr. Bd. 64 S. 1 ff., Thudichum in Iherings Jahrb. Bd. 23 n. 5.

2) Savigny Bd. 1 S. 57 schlug den Namen „vermittelnde", Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6 „ergänzende", Thöl, Einleitung in das Deutsche P.R. S. 120 „privatrechtlich, abänderlich, nachgebend" vor. Windscheid § 30 spricht von „nachgiebigem Recht", Regelsberger Bd. 1 § 32 unterscheidet „ermächtigendes, ergänzendes und zwingendes Recht".

daß sie als der Ausdruck des nur teilweise ausdrücklich ausgesprochenen Willens derselben gelten.[3] Dieser Auffassung sind andere entgegengetreten: das Gesetz bestehe nicht durch den Willen der Beteiligten, es habe seinen Grund in sich.[4]

Das Richtige ist, zwei Arten nichtzwingender Gesetze zu unterscheiden:

a) Nicht selten handelt es sich in der Tat bloß um die Auslegung des Privatwillens. So beispielsweise bezüglich der Frage, was als „Zubehör" einer Sache gilt und der Regel nach mit ihr verkauft ist. Die Jurisprudenz hat in dieser Hinsicht aus dem regelmäßigen Verlauf im Verkehr und dem durchschnittlichen Willen der Beteiligten Schlüsse gezogen, welche zu gesetzlichen Auslegungsregeln wurden.

b) Zahlreiche Dispositivgesetze gründen sich aber nicht in dem vermuteten Willen der Beteiligten. Diese Gesetze bestimmen vielmehr, was der Gesetzgeber für das dem Verhältnis Entsprechende und dem öffentlichen Nutzen Förderliche hält; sie erachten es aber nicht für geboten, einer abweichenden Regelung durch die Beteiligten entgegenzutreten.

Beispielsweise hat der Erbe nach der lex Falcidia das Recht, zu fordern, daß ihm der vierte Teil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibe, weshalb sich die Vermächtnisse, welche diese Quart überschweren, von Rechts wegen mindern. Nach justinianischem Rechte kann jedoch der Erblasser das Recht der Erben auf eine Quart letztwillig ausschließen: die lex Falcidia hat hiernach im justinianischen Rechte keinen zwingenden Charakter mehr. Der Gesetzgeber erachtet den Zweck dadurch als genugsam gewahrt, daß der Quartabzug die Regel ist. Auf dem Willen des Erblassers beruht aber das Recht der Quart weder nach dem historischen Verlauf noch nach einer richtigen dogmatischen Auffassung.

§ 33. Singuläres Recht. Historische Anomalien.

Das Recht ist teils *gemeines* — jus commune[1] — teils *besonderes* — jus singulare.

1. Gemeines Recht sind die dem Rechtssystem zu Grunde liegenden Normen. Sie bilden die *Regel* des Rechtes, welche zur Geltung kommt, soweit sie nicht durch besondere Rechtsnormen beschränkt wird. Gemeines

3) Dies war bis in die neueste Zeit herrschende Ansicht, vgl. Savigny Bd. 1 S. 57, Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6, Keller, Pand. § 10, Goldschmidt, Handelsrecht S. 332.

4) Am schärfsten äußert sich Bülow a. a. O. S. 83: „Der Kultus der individuellen Willensmacht wird meistens so weit getrieben, daß sich das ergänzende objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht erbitten muß, nur von der Gnade des allmächtigen Individualwillens sein Leben fristet."

1) Beispielsweise wird in l. 36 § 4 D. de test. mil. 29, 1 das jus commune der Testamente dem Militärtestamente entgegengestellt.

Recht wird hier begreiflich in anderem Sinne genommen, als bei der Einteilung des Rechtes in gemeines und partikulares.[2]

2. Ausnahmen durchbrechen nicht ſelten die Rechtsregel. Und zwar ſind ſie verſchiedener Art. Wir haben zu unterſcheiden Sonderrechte und Rechtsſingularitäten.

a) Sonderrechte ſchließen für einen Kreis von Fällen die gemeinen Regeln und Grundſätze aus beſonderen Gründen aus, ſei es des Nutzens, ſei es der Sittlichkeit, ſei es der öffentlichen Wohlfahrt.[3] Nicht ſelten kommt es vor, daß ſich neue Rechtsgedanken zuerſt in einzelnen Anwendungen geltend machen und ein älteres Prinzip durch Ausnahmen durchbrechen, bis ſchließlich, was Ausnahme war, zur Regel wird. Beiſpielsweiſe erkannte man in Rom den unmittelbaren Erwerb des Beſitzes durch Stellvertreter urſprünglich nur in beſonderen Fällen an, ſpäter wurde deſſen Zuläſſigkeit gemeines Recht.

b) Es können ſich aber im Rechte auch Rechtsſingularitäten, alſo wahre Anomalien finden;[4] und zwar vor allem aus hiſtoriſchen Gründen.

Das Recht entwickelt ſich in langem geſchichtlichen Werden an einzelnen Fällen aus beſonderen Veranlaſſungen, nach dem Bedürfnis und der Not des Augenblickes. Zwar liegt im menſchlichen Geiſte das Beſtreben, dies alles zur Einheit zu geſtalten. Doch erſt auf höheren Stufen der Rechtswiſſenſchaft erhält dies Streben die bewußte Herrſchaft. Dann erdenkt man ein Syſtem und klaſſifiziert die Rechtsſätze nach ihrem Grunde, ihrer ratio. Daneben aber bleibt ein Beſtand von Rechtsſätzen zurück, welche den Vorſtellungen der Vergangenheit angehören oder die, durch andere Zufälligkeiten gebildet, mit dem Syſtem nicht ſtimmen. Sie bilden anomales Recht, denn ihnen fehlt ein rationeller Grund. Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.[5] Doch bedenklich wäre es, ſie um deswillen in Frage zu ſtellen: alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur.[6] Sie erhalten ſich alſo

2) Vgl. oben § 1.

3) Ein Sonderrecht dieſer Art für Soldaten iſt das Militärteſtament. Sonderrechte dieſer Klaſſe ſind die Vorrechte gewiſſer Konkursgläubiger im Konkurs, R.K.O. § 61.

4) Dieſen Fall hat einſeitig im Auge Paulus libro singulari de jure singulari. l. 16 D. de leg. 1, 3: jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Daß Paulus, geiſtreich und zuweilen paradox, oft nur eine Seite beachtet und betont, ergeben die Zuſammenſtellungen bei Ihering, Beſitzwille S. 269 ff. Vgl. über jus sing. Scharlach im Archiv für ziv. Praxis Bd. 62 S. 435 ff., Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum daſ. Bd. 66 S. 348 ff., Eiſele in Iherings Jahrb. Bd. 23 S. 119, Regelsberger, Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts 1892 I.

5) L. 20 D. de leg. 1, 3 Julianus libro 55 Digestorum. — Hierher kann man die altrömiſche usucapio pro herede rechnen, Gaj. Inst. II §§ 54 ff.

als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben.

Die rechtliche Behandlung beider Arten des Ausnahmerechtes ist eine verschiedene. Rechtssingularitäten lassen eine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung nicht zu: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.[7] Auf Sonderrechte, die ihren besonderen rationellen Grund haben, ist dies nicht, wie oft geschieht, zu beziehen. Die in diesen liegenden Gedanken sind vielmehr voll und ganz durchzuführen. So verfuhren auch die Römer durchweg. Sie haben beispielsweise das Sonderrecht des S. C. Vellejanum, wonach Frauen für Schulden Dritter nicht eintreten sollen, nach seiner besonderen ratio weit über dessen Worte hinausgehend, ausgebildet.[8]

Viertes Kapitel.

Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 34. Die Grundsätze der Interpretation.[1]

Interpretation — Auslegung — der Gesetze ist die Ermittelung und Feststellung ihres Inhaltes.

Die Interpretation geschieht entweder mittels Nachdenkens in freier Weise; dies ist die doktrinelle Interpretation, oder durch eine Rechtsquelle mit zwingender Kraft; dies ist die authentische Interpretation. Die doktrinelle Interpretation beruht auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe, die authentische herrscht durch ihre Autorität.

---

6) L. 21 D. de leg. 1, 3. Neratius libro 6 membranarum.

7) L. 14 D. de leg. 1, 3, Paulus libro 55 ad edictum. l. 23 § 3 D. de fideic. libert. 40, 5 sind nicht durchschlagend. Vgl. die Inaug.-Diss. von Graßhoff, Begriff und prakt. Bedeutung des j. singulare, Göttingen 1890; siehe noch oben § 27 Anm. 4.

8) Dasselbe Ergebnis bei Windscheid Bd. 1 § 29 Anm. 3 und Regelsberger, Streifzüge S. 9.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung 1806, Hufeland, über den Geist des röm. Rechts 1815 Teil 1 n. II S. 1 ff., Kierulff S. 18 ff., Savigny Bd. 1 S. 206, G. H. Meyer in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 1 ff., Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 n. 1. B.G.B. enthält über Auslegung der Gesetze keine allgemeinen Vorschriften. Die gemeinrechtlichen Grundsätze sind unberührt, sie haben öffentlichrechtliche Natur. Vgl. Bürg. Recht Bd. 1 §§ 6 ff.

Die doktrinelle Interpretation ist Aufgabe der Rechtspraxis und der Wissenschaft. Die Praxis geht meist von einem besonderen Falle aus und untersucht, wie sich der Inhalt eines Gesetzes zu diesem Falle verhält. Die Wissenschaft gründet sich mehr in allgemeinen Anschauungen und sucht durch die Erläuterung des Gesetzes der Praxis vorzuarbeiten. Ziel und Methode müssen für Wissenschaft und Praxis dieselben sein.

Es gibt zwei Interpretationsmethoden, von denen nach den verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern bald die eine, bald die andere überwiegt. Die eine macht zur einzigen Grundlage das Wort; sie ist die des strengen Rechtes — des jus strictum. Die andere strebt mit aller Kraft nach Ermittelung des Sinnes des Gesetzes; sie gehört der Zeit billiger Behandlung des Rechtes — der aequitas — an.

a) Das ältere römische Recht nahm den Standpunkt der Wortinterpretation ein. Man suchte den Inhalt des Gesetzes ausschließlich aus dessen einzelnen Worten zu entnehmen. Man hatte weder Fähigkeit noch Neigung tiefer einzudringen. Es fehlte die geistige Freiheit, um derartiges zu versuchen. Man hätte aber auch gefürchtet, durch Verlassen des festen Bodens der Worte das jus certum zu gefährden, welches man unter schweren Kämpfen durch die Zwölftafelgesetzgebung errungen hatte.[2]

b) Seit der römischen Kaiserzeit überwiegt die Auslegung nach dem Sinn der Gesetze. Celsus spricht dies grundsätzlich in der l. 17 D. de legibus 1, 3 aus: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.[3]

Allerdings fragt man, woher anders ist der Gedanke des Gesetzes zu entnehmen, als aus den Worten, in denen er formuliert und verkündet ist. Bildet Sinn und Wort nicht eine Einheit wie Geist und Körper? — Hierauf ist zu antworten: Der Gedanke des Gesetzes muß in der Gesetzesurkunde ausgedrückt sein. Aus dieser muß er zu uns sprechen. Aber er muß sich nicht unmittelbar aus deren Worten ergeben. Häufig erweckt der Gesetzestext in uns Vorstellungen, die in den einzelnen Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, und die wir doch mit Bestimmtheit als dem Gesetze angehörig erkennen.

2) Vgl. über die Wortinterpretation der Epoche des römischen jus strictum Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 S. 441 ff. — Daß die Wortinterpretation der alten Römer vielfach eine tendenziöse war, d. h. daß man für das, was man für Recht hielt, nur die Deckung im Wort suchte und nicht weniger in dasselbe legte, als aus demselben nahm, führt Ihering in belehrender Weise aus.

3) Das Prinzip der neueren Interpretationsmethode formulieren die l. 17, l. 18 und l. 19 D. de leg. 1, 3, alle drei aus den Digesten von Celsus. Auf demselben Boden steht die l. 24 D. eod. von Celsus, siehe unten § 35 Anm. 4.

Die Interpretation hat also nicht bloß das direkt im Gesetze Ausgesprochene als maßgebend anzusehen, sondern ebensosehr das indirekt in dem Gesetze Ausgedrückte. Man kann dies als den „latenten Inhalt" des Gesetzes bezeichnen.

§ 35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation.

Der Interpret hat alle sich darbietenden Mittel zu verwerten, um den im Gesetze liegenden Sinn festzustellen.

Zuvörderst ist natürlich der Text des Gesetzes festzustellen.[1] Dies ist aber vielmehr die Basis, nicht ein Bestandteil der Interpretation.

Der Interpret hat zu berücksichtigen, daß, wie jedes Schriftwerk, so auch jedes Gesetz seinen besonderen Stil hat. Vorbedingung der Interpretation ist also Vertrautheit mit diesem Stil. Es ist zu beachten, in welcher Weise der Verfasser des Gesetzes das Wort handhabt, ob er der Rede Meister ist, oder ob er seine Gedanken nur unvollkommen und inkorrekt auszudrücken vermag, ob er abstrakt denkt und spricht oder konkret und anschaulich, ob er sich leicht in Nebendingen verliert oder die Hauptsache unmittelbar packt.

Man unterscheidet die grammatische und die logische Interpretation. Die grammatische gibt das aus den Einzelworten, die logische das aus dem Zusammenhange des Gesetzes geschöpfte Interpretationsmaterial.[2]

1. Vom Worte aus muß alle Interpretation aufsteigen. Vor allem ist das Verständnis der technischen juristischen Ausdrücke wichtig, welche der Gesetzgeber verwertet. In diesen Ausdrücken, z. B. Testament, Vergleich, Alimente, ist ein reicher Gedankeninhalt in knappster Form zusammengefaßt.[3] Dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes ist besondere Beachtung zu widmen. Frühere, spätere oder gleichzeitige

1) Die Textkritik ist vorzugsweise wichtig bei Quellen, die, wie das corpus juris civilis, nicht in einer von der Staatsgewalt authentisch festgestellten Form überliefert sind. Aber auch bei neueren Gesetzen, die in den Gesetzsammlungen authentisch publiziert werden, ist die Textkritik nicht zu entbehren. Ein Komma an dieser oder jener Stelle kann einen anderen Sinn geben. Ein Schreibfehler oder Druckfehler mag den Sinn eines Satzes ändern. Vgl. Binding, Strafr. Bd. 1 S. 459.

2) Savigny Bd. 1 S. 214 verwirft die herkömmliche Einteilung der Interpretation in grammatische und in logische. Er unterscheidet statt dessen vier Elemente, ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches. Es besteht aber ein wesentlicher Gegensatz zwischen der Auslegung unmittelbar aus dem Worte und der Auslegung nach dem Sinne des Gesetzes. Ihn markiert die herkömmliche Einteilung scharf, wenn auch der Ausdruck logische Interpretation nicht vollständig zutrifft.

3) Meyer a. a. O. S. 13.

Gesetze, die juristische Literatur der Entstehungszeit können ferner Material liefern. Die Aufgabe der grammatischen Interpretation ist also keine bloß mechanische, keine untergeordnete; sie erfordert umfassende Rechtskenntnis und hohe geistige Kraft.

2. Das weitere Interpretationsmaterial liefert die logische Interpretation, indem sie den Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit den zur Zeit seines Erlasses bestehenden Verhältnissen verfolgt.

Die logische Interpretation setzt voraus, daß das Gesetz ein einheitliches Ganzes bildet, und interpretiert das einzelne nach dessen Grundgedanken.[4]

Sie vergegenwärtigt sich ferner die Verhältnisse, in welche das Gesetz eintrat, und für welche es bestimmt war. Sie hat die Veranlassung — occasio legis — in Betracht zu ziehen, darf aber nicht übersehen, daß dieselbe nur den Anstoß zum Gesetze bildet, und daß das Gesetz unter dem Zusammenwirken anderer, vielleicht nicht ausgesprochener Momente oft eine andere Tragweite erhält, als sich durch die ausgesprochene Veranlassung erklären würde.[5] Motive, die den Gesetzen angefügt oder beigegeben sind, können zur Erläuterung dienen, sie führen aber auch leicht in die Irre, da sie nicht selten einseitig und lückenhaft sind.[6] — Besonders wichtig ist die Vergegenwärtigung des Rechtes vor

4) Daher sagt Celsus libro 9 Digestorum l. 24 D. de leg. 1, 3: Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.

5) Die Veranlassung des s. g. Sozialistengesetzes vom 21. Oktober 1878 war der Mordversuch gegen Kaiser Wilhelm I. Aber das Gesetz bezweckte nicht bloß, Aufreizung zum Morde zu unterdrücken. Seine Absicht war, den gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie überhaupt gewisse Schranken zu ziehen. Vgl. l. 1 § 5 D. de postulando 3, 1 sowie l. 1 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

6) Dies gilt namentlich für die Begründungen, welche heutzutage den Entwürfen zu Gesetzen bei ihrer Einbringung in die Parlamente beigegeben werden. Sie sind ungleich gearbeitet; oft werden sie unzutreffend durch Veränderungen, die bei der Beratung des Gesetzes im Reichstage oder Landtage vorgenommen wurden. Noch mehr Vorsicht ist vonnöten gegenüber den Äußerungen der Mitglieder der Parlamente und der Regierungskommissare bei der Beratung in den Kommissionen und Häusern der gesetzgebenden Versammlungen, denn sie sollen keineswegs immer objektiv der Klarstellung des Inhaltes des Gesetzentwurfes dienen, sie verfolgen unter Umständen den unmittelbaren praktischen Zweck, das Gesetz zur Annahme oder zu Falle zu bringen, und enthalten einseitige Darstellungen mit Rücksicht auf die Lage der Verhandlungen. — Ein Rechtssatz, welcher im Gesetze selbst nicht enthalten ist, kann nie aus den Motiven der Gesetzentwürfe oder derartigen Verhandlungen hergeleitet werden. Namentlich ergibt sich aus der Ablehnung eines Antrages auf Aufnahme eines Rechtssatzes in das Gesetz nicht, daß der entgegengesetzte Satz nunmehr Rechtens ist, sondern nur, daß der Rechtssatz im Gesetze nicht festgestellt ist. Er kann nichtsdestoweniger aus anderen Gründen Geltung haben. Vgl. Meyer in Gruchots Beitr. Bd. 23 S. 1, Deutschmann dai. Bd. 24 S. 805, Bürg. R. Bd. 1 § 8 S. 20. Für die Praxis des R.G. vgl. Register zu den Entsch. über Bd. 1—10 S. 16, und die folgenden Registerbände bis Bd. 40. — Vermittelnd: Regelsberger Bd. 1 § 36 Anm. 22.

Erlaß des Gesetzes. Denn jedes neue Gesetz steht unter dem Eindruck des Rechtszustandes, in welchen es eingreift, mag es denselben nun bestätigen, weiterbilden oder ihm entgegentreten. Der wirtschaftliche und soziale Zustand, in welchem das Gesetz wurzelt, ist nicht weniger von Bedeutung. Desgleichen sind die Ziele zu beachten, denen das Gesetz erkennbar dienen sollte.[7] Unter Umständen werfen spätere Gesetze ein Licht auf frühere.

Nicht richtig ist die Behauptung, daß man zur logischen Interpretation nur greifen dürfe, wenn die grammatische Interpretation Zweifel lasse. Jedes Interpretationsmittel ist vielmehr, soweit es die Sachlage fordert, zu verwerten. Auch wenn die Worte unzweideutig sind, ergibt nicht selten der Gesamthabitus des Gesetzes, daß dessen Sinn ein anderer ist, als es nach den Worten scheint.[8]

Widerspruch zwischen dem so erkannten Inhalt und dem Worte führt zu einer Korrektur des Wortes im Geiste des Interpreten. Dieselbe besteht vorzugsweise in Restriktion oder in Extension.[9]

a) Die restriktive Interpretation beschränkt. Sie schließt Dinge aus, welche das Gesetz nach seinem Wort zu erfassen scheint.

b) Die extensive Interpretation erweitert. Sie unterstellt dem Gesetz Dinge, welche der Wortsinn nicht zu erfassen scheint.[10]

Die Interpretation hat die Aufgabe, die Folgesätze aus den im Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlaß des Gesetzes nicht durchgedacht haben sollte.

---

7) Eine Anwendung macht l. 6 C. de legibus 1, 14. Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri. So auch l. 25 D. de leg. 1, 3. Ein Beispiel gibt l. 8 § 6 D. de transactionibus 2, 15.

8) Vgl. l. 13 § 2 D. de excusationibus 27, 1.

9) Beispiele sowohl von extensiver wie von restriktiver Interpretation finden sich in der l. 2 §§ 23 ff. D. ad S. C. Tertullianum 38, 17; dort beschäftigt sich Ulpian mit der Auslegung der Gesetzesbestimmung, wonach die Mutter, welche ihren unmündigen, vaterlosen Kindern Tutoren nicht erbittet, ihr Intestaterbrecht gegenüber diesen Kindern verliert.

10) Die extensive Interpretation zeigt, daß die Anwendung des argumentum a contrario im gegebenen Falle unstatthaft ist. Mittels des arg. a contrario macht man den Schluß, daß eine Gesetzesfolge ausgeschlossen ist, wenn ein Moment fehlt, an welches das Gesetz die Folge knüpft. Wird z. B. das furtum bestimmt als contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, so ergibt es sich argumento a contrario, daß dolose Wegnahme von Mobilien zu anderen Zwecken z. B. behufs der Selbsthilfe nicht furtum ist. Mit Hilfe des arg. a contrario macht Ulpian libro 35 ad edictum l. 22 D. de legibus 1, 3 den Schluß: Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. Sehr häufig heben aber Gesetze besonders zweifelhafte oder besonders wichtige Punkte hervor, ohne die Absicht zu hegen, Verwandtes auszuschließen. Dann ist das arg. a contrario unzulässig, vielmehr wird eine extensive Interpretation Platz greifen. Natürlich ist die Entscheidung leicht zweifelhaft. Über arg. a contrario vgl. Deutschmann in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 52.

Der Gedanke, welcher aus dem Gesetze spricht, ist entscheidend, nicht der, welchen der Gesetzgeber oder gar ein bloßer Redaktor des Gesetzes außerhalb des Gesetzes ausspricht.[11]

§ 36. Interpretation des corpus juris civilis.[1]

Bei der Interpretation des corpus juris civilis muß uns gegenwärtig bleiben, daß dasselbe ein Mosaik von Bruchstücken literarischer Produkte und von Gesetzen aus verschiedenen Jahrhunderten und Kulturepochen bildet.[2]

Insbesondere ist Stil und Darstellungsweise der Pandekten-Juristen höchst verschieden, wiewohl gewisse allgemeine Charakterzüge ihnen allen gemeinsam sind.[3] Manche Juristen, wie Alfenus Varus, lieben behagliche Breite, andere, wie Papinian, schreiben gedrungen bis zur Dunkelheit. Manche — wie Labeo,[4] Paulus[5] — werfen gern ein paradoxes Wort hin und fordern hiermit die Aufmerksamkeit und das Nachdenken der Leser heraus. Andere gehen nie aus den Grenzen anmutiger gefälliger Klarheit heraus, wie sie vor allen dem Gajus eigen war. Einige, wie Ulpian, halten sich an die traditionellen Lehrmeinungen und Sentenzen; andere, wie Celsus, sind reich an selbständigen Gedanken, die zuweilen von dem praktischen Rechte abbiegen.[6]

---

11) Windscheid Bd. 1 § 22 sieht die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung darin, gegenüber dem ausgedrückten Willen des Gesetzgebers seinen „eigentlichen" zur Geltung zu bringen. Darüber daß diese Fassung unrichtig ist, wenn sie auch einen richtigen Kern enthalten sollte, vgl. Kohler a. a. O. S. 18 Anm. 54.

1) Vgl. Savigny Bd. 1 S. 281, Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechtes 1857; siehe auch Thibaut, zivilistische Abhandlungen n. 6 „über das Verhältnis der einzelnen Teile des römischen Rechtes".

2) Zur Würdigung des Sprachgebrauches im corpus juris civilis ist von Bedeutung das reichhaltige Werk von Brissonius, de verborum quae ad jus civile pertinent significatione 1. ed. Lugd. 1559, zuletzt und am besten: opera Heineccii Halis 1743. Systematischer angelegt, aber weniger unbefangen und weniger brauchbar ist Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis 1837. Ein altbewährtes Hilfsmittel ist das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes von Heumann, Jena 1846, 8. Auflage 1895 herausgegeben von Thon; groß angelegt, aber noch unvollendet ist das Vocabularium jurisprudentiae Romanae v. Gradenwitz, Kübler, Schulze u. a. 1894 ff.

3) Spezialuntersuchungen gibt Wilh. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt 1890, dazu Wölfflin in d. krit. VJSchr. n. F. Bd. 14 S. 162.

4) In der l. 19 D. de serv. 8, 1 äußert Labeo, man könne sich eine Servitut für ein Grundstück vorbehalten „etsi non utilis sit". Er meint damit, obgleich sie dem nichts nützt, „der sie sich vorbehält". Er spricht nicht besonders aus, daß sie jedenfalls dem herrschenden Grundstück von Nutzen sein müßte. Dies erachtet er als selbstverständlich; das soll sein Leser sich selbst dazu denken. — Die Stelle wäre wohl nicht so mißverstanden worden, hätte man die Geisteseigentümlichkeit Labeos schärfer im Auge behalten.

5) Über Paulus vgl. Jhering, Besitzwille S. 269 ff.

6) Vgl. l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8 mit § 5 J. de rer. div. 2, 1.

Wer die Aussprüche der Römer voll verstehen, wer in deren Gedanken tiefer eindringen will, muß sich mit den Eigentümlichkeiten ihrer juristischen Schriftsteller vertraut machen.[7]

Häufig ist eine zwiefache Interpretation — die duplex interpretatio — der Stellen des corpus juris vonnöten. Wir haben in erster Linie den Sinn zu ermitteln, in welchem ihr Autor, z. B. der Jurist Ulpian, die Stelle niederschrieb. Zu diesem Zwecke müssen wir uns den Zusammenhang des Rechtes zur Zeit der Abfassung des Bruchstückes vergegenwärtigen. Betrachten wir dann dieselbe Stelle im Lichte der justinianischen Sammlung, so ergibt sich oft, daß sie, obgleich ihre Worte nicht geändert sind, gleichwohl in dem neuen Zusammenhang einen ganz anderen Sinn annehmen mußte.[8] Erst diese duplex interpretatio gibt uns den vollen Einblick in die Stelle und erschließt uns deren historische und praktische Bedeutung in befriedigender Weise.

Die Redaktoren des corpus juris civilis waren durch Justinian zu Weglassungen, Veränderungen und Zusätzen, zu *Interpolationen*, ermächtigt.[9] Solche Interpolationen machen sich meist im Stil bemerkbar. Lassen sie sich nachweisen, so gibt auch dies Fingerzeige für die volle Würdigung der Stelle.[10]

Daß volle Klarheit auf eine Lehre erst durch die Betrachtung *aller* sie behandelnden Stellen fällt, daß einseitiges Herausgreifen einzelner Äußerungen leicht zu Mißdeutungen führen muß, bedarf kaum der Hervorhebung.[11]

Nicht selten finden sich *Widersprüche* im corpus juris civilis. Diese Widersprüche sind zum Teil beabsichtigte. Sie sind darin begründet, daß Justinian nach dem Jahre 533 korrektorische Gesetze

---

7) In dieser Hinsicht bietet eine wichtige Unterstützung Lenel, palingenesia juris civilis 2 Bde. 1889 ff., wo sich die Bruchstücke der Werke der klassischen Juristen nach Autoren und Büchern geordnet finden. Vgl. ferner Bremer, jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt 1896 sq. 2 partes.

8) Die l. 31 D. de legibus 1, 3 gibt den Ausspruch Ulpians libro 13 ad legem Juliam et Papiam wieder: princeps legibus solutus est. Dies bezog sich im Munde von Ulpian nur auf die lex Julia et Papia Poppaea, von der er eben handelte. In Justinians Gesetz spricht die Stelle den Kaiser von *jedem* Gesetze los.

9) So namentlich bezüglich der Pandekten durch const. Deo auctore § 7, vgl. const. Tanta § 10, bezüglich des codex vgl. die const. Cordi nobis § 3.

10) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten 1887, dazu Lenel in der Zeitschrift d. Savigny-Stiftung Bd. 9 rom. Abt. S. 177. — Eisele in derselben Zeitschrift Bd. 7 S. 18, Bd. 10 S. 286, Bd. 11 S. 1, Bd. 13 S. 118. Henri Appleton, des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir 1895.

11) Vgl. oben § 31 Anm. 2. Dort ergab sich das Verständnis der l. 38 D. de pactis 2, 14 aus l. 3 D. qui test. 28, 1.

erließ, die in den Kodex aufgenommen oder in den Novellen erhalten sind. Jüngere justinianische Gesetze dieser Art gehen natürlich den früheren vor.

Alle anderen Widersprüche sind nicht beabsichtigt. Derartige Widersprüche kommen teilweise in einem und demselben Rechtsbuche vor, insbesondere in den Pandekten. Sie finden sich auch zwischen Stellen der verschiedenen Rechtsbücher, z. B. der Institutionen und Pandekten, der Pandekten und des Kodex. Diese drei Gesetzbücher sind, wie früher ausgeführt wurde,[12] als ein Gesetz anzusehen. Widersprüche solcher Art sind also nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie diejenigen, welche sich in demselben Rechtsbuch finden.

Justinian behauptet, Widersprüche fänden sich in seinen Rechtsbüchern nicht, wenn man nur in die Gründe der scheinbar verschiedenen Entscheidungen scharfsinnig einzudringen wisse.[13] Dies hat bis zu einem gewissen Maße seine Richtigkeit. Nicht alles, was sich scheinbar widerspricht, ist in der Tat Widerspruch. Beim tieferen Eindringen gewinnen wir nicht selten den Gesichtspunkt, unter welchem sich das scheinbar Entgegengesetzte vereinigt. Aber häufig ist eine derartige Vereinigung untunlich. Eine Ausgleichung durch Unterscheidungen, welche nicht in den Stellen liegen, wie sie so häufig geschah und noch immer geschieht, ist ein unwissenschaftliches und auch ein vergebliches Beginnen. Denn willkürliche Unterscheidungen lassen sich in Menge ersinnen, und da sie in den erklärenden Stellen nicht fußen, so kann keine Erklärung die andere endgültig überwinden. Es ist auf diesem Wege eine Übereinstimmung nie zu erreichen, und das Resultat ist ein Gewirr von endlosen Kontroversen.[14]

In welcher Art man bei solchen Widersprüchen den maßgebenden Rechtssatz zu finden hat, ist Sache umsichtiger Erwägung im einzelnen Falle.

a) Zuweilen ist die eine Stelle, insbesondere der Institutionen, nur ein kurzes, wenig genaues Referat aus Pandekten oder Kodex. Dann muß sie der genaueren und ausführlicheren Darstellung weichen.[15]

---

12) Vgl. oben § 10.

13) In der const. Deo auctore § 8 verbietet Justinian die Aufnahme von Antinomien in die Pandekten, in der const. Tanta § 15 verkündet er, daß sich solche nicht finden: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

14) Vgl. oben § 28 Anm. 6 über die Versuche zur Vereinigung der l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 und der l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52.

15) Beispiele gibt Savigny a. a. O. S. 285 Anm. d. — Die Institutionen gehen vor, wenn sie durchdachte eigene Meinungen des Kaisers Justinian enthalten,

b) Vor allem wichtig ist die sogenannte *historische Vereinigung*.[16] Das römische Recht hat sich seit der Zeit des Augustus bis zur Zeit der Severe infolge der sozialen und wirtschaftlichen Umgestaltung des römischen Wesens und der intensiven Tätigkeit der römischen Jurisprudenz weit mehr verändert, als auf den ersten Blick erscheint. Vielfach ist nun die Äußerung des einen römischen Juristen unter dem Einfluß der älteren Anschauungsweise entstanden, die eines anderen der Ausdruck der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung. Dies ist z. B. meist der Fall, wenn die eine Entscheidung in einer konkreten und realistischen Auffassung der Verhältnisse wurzelt, die andere eine mehr abstrakte und verfeinerte Betrachtungsweise erkennen läßt. Es ist dann der Entscheidung der Vorzug zu geben, die dem *fortgeschrittenen* Rechtsbewußtsein entspricht. Die historische Vereinigung ist *nicht* so zu verstehen, als wenn stets die Meinung eines *späteren Juristen* den Vorzug vor derjenigen eines *früheren* hätte. Denn es kommt vor, daß spätere Juristen einem älteren, bereits überwundenen Standpunkte huldigen.[17] [18]

c) Sind diese Gesichtspunkte zur Lösung des Widerspruches nicht geeignet, so heben sich, wie man sagt, die Stellen auf. Die Entscheidung der bezüglichen Frage ist daher aus dem Wesen des Institutes und aus der Analogie zu gewinnen, gerade so, als wenn es an jeder Entscheidung in den Rechtsquellen fehlen würde.[19] [20]

---

die als solche Gesetzeskraft haben sollten. Etwaige Widersprüche in Pandekten oder Kodex sind dann als bloß historische Notizen aufzufassen. So bei § 34 J. de rer. div. 2, 1 verglichen mit l. 23 § 3 D. de R. V. 6, 1; siehe Thibaut a. a. O. S. 95.

16) Vgl. hierüber vorzugsweise Savigny a. a. O. S. 276.

17) Die Zeit der Abfassung ist immerhin zu berücksichtigen. Hierüber orientiert die gründliche und scharfsinnige Schrift von Fitting: Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Basel 1860, siehe ferner Lenel, palingenesia voll. II p. 1245 „auctorum et librorum index chronologicus".

18) Zu beachten ist auch, ob die Schrift, aus welcher ein Exzerpt entnommen ist, den Zweck hat, theoretisch allgemeine Grundsätze zu entwickeln oder bestimmte Fälle — wie dies responsa, quaestiones tun — zu zergliedern und zu beleuchten. Geben wir ein Beispiel. In der l. 68 pr. D. de evict. 21, 2 entwickelt Papinian libro 14 responsorum gewisse Rechtssätze für den Fall, „cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet". Dieselben Sätze müssen nach richtiger Ansicht gelten, wenn der Gläubiger auch ohne Vereinbarung gemäß gesetzlicher Regel nicht für Eviktion einsteht. Dies bekämpft Moreau in seiner Abhandlung: Eviktion der verkauften Pfandsache 1878 S. 10 mit den Worten: „es wäre unerklärlich, warum Papinian den Fall der Vereinbarung besonders nennen würde, wenn er die für diesen Fall ausgesprochene Folge allgemein gelten lassen wollte". Aber der Fall der Vereinbarung lag gerade vor, darauf fußte die Anfrage, ihn hatte Papinian zu begutachten. Deshalb knüpfte er an ihn an.

19) Ein derartiger Widerspruch findet sich z. B. in der l. 41 D. de pign. actione 13, 7 von Paulus und der l. 22 D. de pignoribus 20, 1 von Modestinus.

20) Viele legen auch darauf Gewicht, ob die eine der sich widersprechenden Stellen in demjenigen Titel steht, welcher der betreffenden Materie gewidmet ist, die andere aber — als s. g. lex fugitiva — in irgend einem anderen Titel. Denn die

§ 37. Authentische Interpretation.[1]

Die authentische Interpretation ist Feststellung des Inhalts eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle.

Man unterscheidet zwei Arten, nämlich die usuelle authentische Interpretation durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch und die legale authentische Interpretation durch Gesetz. Beide Arten ordnen sich demselben Begriffe unter. Sie haben beide schlechthin zwingende Kraft ohne Rücksicht auf ihre Begründung. Aber ihr Wesen ist doch verschieden. Denn bei der Anerkennung der usuellen authentischen Interpretation handelt es sich darum, die geltende Rechtsprechung zu sichern, indem man ein Zurückgehen auf den vermeintlich abweichenden ursprünglichen Sinn des interpretierten Gesetzes abweist.[2] Die legale authentische Interpretation wird in der Regel erlassen, um einer Rechtsprechung gegenüber, welche dem Gesetzgeber mißfällt, eine andere Auffassung zur Geltung zu bringen oder wenigstens Streitigkeiten in der Rechtsprechung zu schlichten.

Die Gesetzgebung muß der Natur der Sache nach die Ausbildung der gesetzgeberischen Gedanken und ihre Durchführung im einzelnen dem Richter überlassen. In der authentischen legalen Interpretation hat sie aber äußerstenfalls ein Mittel, die Rechtsprechung in die Bahnen zu zwingen, welche sie für die richtigen erachtet.[3]

Die legale authentische Interpretation muß die Form eines Gesetzes

---

Aufnahme der letzteren in das corpus juris habe eher auf einem Versehen beruhen können, als die der ersteren. So u. a. Wächter, Pand. 1 S. 122. Sehr viel Bedeutung hat indessen dieses äußerliche Moment nicht. Justinian hat eben jeden Spruch mit Gesetzeskraft bekleidet, ohne Rücksicht darauf, wo er rubriziert ist. Was die Kompilatoren bei Aufnahme einer Stelle dachten oder nicht dachten, wo ihr Versehen lag, läßt sich heute nicht mehr ermitteln und ist auch nicht entscheidend.

1) Bremer in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 7, Goeppert — herausgegeben von Ed — in Iherings Jahrbüchern Bd. 22 n. 1, Eisele, Archiv f. z. Pr. Bd. 69 S. 303.

2) l. 37 D. de legibus 1, 3. Paulus libro 1 quaestionum ... optima enim est legum interpres consuetudo.

3) Ein Beispiel gibt das Gesetz v. 31. Mai 1880 betreffend die authentische Erklärung und die Verlängerung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878. Der Polizeipräsident von Berlin hatte auf Grund der Vollmachten des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 sozialdemokratische Mitglieder des Reichstages während der Session desselben aus Berlin ausgewiesen; es frug sich, ob er hierzu berechtigt war, und ob die Abgeordneten, welche sich dem Verbot nicht gefügt hatten, der gesetzlichen Strafe verfallen seien. Die Gerichte hatten — jedoch noch nicht rechtskräftig — die Frage bejaht. Das Gesetz v. 31. Mai 1880 erläuterte aber die bezügliche Bestimmung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 dahin, daß sie auf Reichs- und Landtagsmitglieder während der Session keine Anwendung finde. Die Strafverfolgung erledigte sich hiermit. Solcher Eingriff in den regelmäßigen Gang der Rechtspflege ist freilich eine zweischneidige Waffe. Die gesetzgebende Gewalt wird sich ihrer aber nicht begeben.

haben und sämtliche Voraussetzungen eines Gesetzes erfüllen.[4] Sie muß sich als authentische Interpretation unzweideutig bezeichnen.[5] Im Zweifel ist eine authentische Interpretation nicht zu unterstellen. Wiederholt daher ein Gesetz den Inhalt eines früheren, indem es dasselbe zugleich derart redaktionell abändert, daß es eine an das frühere Gesetz sich knüpfende Streitfrage entscheidet, so hat dies gesetzliche Kraft nur für die Zukunft, nicht für Fälle der Vergangenheit.

Da die authentische Interpretation den Sinn des interpretierten Gesetzes in bindender Weise feststellt, so hat sie rückwirkende Kraft. Der Richter muß nach Inkrafttreten des interpretierenden Gesetzes das interpretierte Gesetz in der legal festgestellten Weise auffassen, auch wenn er die authentische Deklaration für unrichtig hält.[6]

Die authentische Deklaration ist auch bei obschwebenden Prozessen zu beachten, mögen sie nun in erster oder in späterer Instanz anhängig sein. Ist aber eine Sache bereits durch rechtskräftiges Erkenntnis entschieden, so wirkt eine später in Kraft tretende authentische Interpretation auf dieselbe nicht mehr ein. Denn das rechtskräftige Urteil macht Recht unter den Parteien, ohne daß seine Gründe noch einmal einer Prüfung unterliegen.[7]

§ 38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache.

In dem bewegten, beständigem Wechsel unterliegenden Leben bilden sich stets neue Verhältnisse, welche der rechtlichen Entscheidung bedürftig sind, treten immer neue Fragen auf, die einer Lösung harren. Mögen die Gesetze noch so zahlreich sein und noch so kasuistisch in die Details

4) Die authentische Deklaration eines Reichsgesetzes ist nur durch Reichsgesetz zulässig. Ein dem bürgerlichen Rechte angehöriges Landesgesetz kann nur durch Landesgesetz, nicht durch Reichsgesetz gültig deklariert werden, da nach Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung nur die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht zur Zuständigkeit des Reichs gehört.

5) Das Gesetz braucht sich nicht ausdrücklich mit Worten als authentische Interpretation zu bezeichnen, vgl. R.G. Bd. 1 S. 365.

6) Nov. 19 praef. mit Rücksicht auf l. 11 C. de nat. lib. 5, 27 und nov. 12 cap. 4.

7) Streitig ist, ob auf Grund einer authentischen Interpretation eine Zahlung zurückgefordert werden kann, die man leistete, weil man auf Grund des alten Gesetzes zu schulden glaubte; desgleichen ob ein Vergleich anfechtbar ist, welchen man unter der Herrschaft des interpretierten Gesetzes schloß, indem man von einer anderen Rechtsauffassung ausging, als die spätere authentische Deklaration feststellt. Die Anfechtbarkeit bejahen Wächter Württ.Pr.R. Bd. 2 S. 152, Unger Bd. 1 § 14 Anm. 18, dagegen verneint sie Windscheid Bd. 1 § 33 Anm. 4, mit Recht. Judicata, transacta, finita werden nicht berührt, vgl. l. 1 § 12 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17. Man darf den Willen des Gesetzgebers unterstellen, daß er diese Grenze nicht überschreiten wollte, auch wenn er sich durch eine authentische Deklaration im übrigen für die Rückziehung entscheidet.

eingehen, nie sind sie so vollständig, daß sie für jede Frage eine ausdrückliche Antwort bereit haben. Und doch darf sich der Richter niemals der Entscheidung eines privaten Rechtshandels unter dem Vorgeben weigern, daß es ihm an einer Entscheidungsnorm fehle.[1]

1. Hier bewährt sich nun, daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen. Diese Selbstergänzung geschieht durch *Analogie*, d. h. durch *Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse — similia — wegen Gleichheit des Grundes.*[2] Aber nur was sich aus einem inneren Grunde — ratio — rechtfertigt, ist zur Analogie verwendbar, Anomalien, insbesondere bloße historische Singularitäten sind nicht zur analogen Anwendung befähigt, sie sind tote Punkte des Rechtssystems.[3]

Die neueren Schriftsteller unterscheiden *Gesetzesanalogie* und *Rechtsanalogie*.

a) Die Gesetzesanalogie geht aus von einem bestimmten *einzelnen Gesetze*. Sie wendet den in ihm liegenden Rechtssatz wegen Gleichheit des Grundes auf nicht vom Gesetz geregelte Fälle an. Die Gesetzesanalogie berührt sich mit der extensiven Interpretation. Es handelt sich aber um eine andere Auffassung. Die extensive Interpretation geht von der Unterstellung aus, daß sie den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Gesamthaltung des Gesetzes ergiebt, verwirkliche; die Gesetzesanalogie fußt nicht auf dem Willen des Gesetzes, sie macht neues Recht wegen Gleichheit des Grundes.[4]

b) Die *Rechtsanalogie* operiert nicht mit einem einzelnen Gesetze. Sie wendet einen *Komplex von Rechtssätzen*, welche in systematischem Zusammenhange ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen, auf ein anderes Rechtsgebiet wegen Gleichheit des Grundes an. Beispielsweise werden Sätze des Eigentumsrechtes auf die Superficies — das Erbbaurecht — übertragen, d. h. auf das dingliche Recht, auf fremdem Grundstück dauernd ein Gebäude zu haben.[5]

Zuweilen schreiben die Gesetze selbst die analoge, „entsprechende" Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet vor. In Rom geschah dies häufig durch Aufstellung von

---

1) Der code Napoléon gibt diesem Gedanken einen sehr präzisen Ausdruck im art. 4: Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

2) l. 12, l. 13 D. de legibus 1, 3. Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 52, Regelsberger Bd. 1 § 33.

3) Vgl. oben § 33.

4) Die lex Aquilia z. B. gab Schadensansprüche wegen Beschädigung fremder körperlicher Sachen. Analoge Ansprüche gab man später dem Freien, dessen Körper verletzt war, und Dritten, wenn sie durch die Tötung eines Freien verletzt waren. l. 5 § 3, l. 13 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Siehe unten § 259 II. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 194. So auch B.G.B. § 1017.

Fiktionen.[6] Durch derartige Fiktionen fordert das Gesetz, daß man bei einem gewissen Tatbestande Tatsachen *hinzudenkt* oder *wegdenkt*, damit die Rechtssätze, welche sich an den *gedachten* Tatbestand knüpfen würden, Anwendung finden. Diese eigentümliche Gedankenoperation hat also den Zweck, die analoge Anwendung von Rechtssätzen herbeizuführen.[7]

2. Auch aus der *Natur der Sache* haben wir das Rechtssystem zu ergänzen. Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Lebensverhältnissen und ihren Zwecken angemessene, *den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung* nennt man Natur der Sache.[8] Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt, oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist.[9] [10]

Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf Schlüsse, welche aus dem Wesen des Menschen an sich gezogen werden. Es ist zur unmittelbaren Rechtsanwendung nicht geeignet.

---

6) Hierher gehört folgendes Beispiel. Der in feindliche Gefangenschaft geratene Römer galt bei den Römern als Sklave. Wenn er daher bei den Feinden starb, so war sein im römischen Reiche befindlicher Nachlaß als der eines Sklaven herrenloses Gut, nicht Erbschaft. Zur Beseitigung der hieraus entspringenden Härten wurde durch eine lex Cornelia die Fiktion aufgestellt, daß der in der Gefangenschaft Verstorbene nicht in die feindliche Gewalt gekommen sei. Auf Grund dessen wurden Sätze des Erbrechtes auf seinen Nachlaß anwendbar. l. 12 D. qui test. 28, 1, l. 22 pr. D. de captivis 49, 15 und später l. 18 D. de captivis 49, 15. Das Nähere siehe bei Bechmann, das jus postliminii und die lex Cornelia 1872 S. 84.

7) Von den gesetzlichen Fiktionen kann man unterscheiden dogmatische Fiktionen. Es sind dies solche, welche die Wissenschaft entwickelt hat, um die rechtlichen Tatsachen unter einheitlichen Gesichtspunkten systematisch zu verknüpfen. Hierher gehört z. B. der Satz, daß der Erbe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, wann er antritt, als vom Tode des Erblassers an succedierend gilt. Diese Fiktion ist eine wissenschaftliche. Sie beruht auf dem Gedanken, daß bei der Rechtsnachfolge die Endigung des Rechtes des einen mit dem Beginn des Rechtes des anderen zusammenfallen müsse. Über Fiktionen vgl. Demelius, Rechtsfiktion, 1858, Jhering, Geist Bd. 3 Abt. 1 S. 293 ff., Bierling, Kritik Bd. 2 S. 85 ff., Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 101.

8) Vgl. Bierling, Kritik Bd. 1 S. 82 ff., Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 57.

9) Windscheid dagegen Bd. 1 § 23, Anm. 1a bezeichnet die Natur der Sache „als einen nicht mit Unrecht verschrieenen Ausdruck". Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 S. 182. Eher schwankend Regelsberger Bd. 1 § 12 Anm. 2.

10) Eine andere Wendung versucht die auch in die Lehren der Interpretation und Analogie einschlagende Prorektoratsrede von Gustav Rümelin, 1891 „Werturteile und Willensentscheidungen".

Fünftes Kapitel.

Recht im subjektiven Sinne.

§ 39. Begriff. Der Anspruch.

1. Recht im subjektiven Sinn ist der Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet.[1]

Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, daß die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechtes im objektiven Sinn. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer.[2]

Daher ist auch das Recht im subjektiven Sinn keineswegs, wie die derzeit noch herrschende Ansicht annimmt, identisch mit „Wollendürfen",[3] also einer Verstattung des Rechtes im objektiven Sinn, wonach das Individuum handeln oder unterlassen darf.[4]

---

1) Bürg. R. Bd. 1 § 41. Nicht allzuweit ab liegt die Begriffsbestimmung von Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 vgl. S. 42: subjektives Recht ist „das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse." Siehe auch Bernatzki im Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 193 ff. Crome, System d. Bürg. R. Bd. 1 § 29 Anm. 1.

2) Vgl. aber auch Zitelmann, internationales Privatrecht, Bd. 1 S. 56.

3) Diese Auffassung geht auf die Philosophie der Griechen und auf Hegel zurück. Sie teilte u. a. Puchta, Pand. § 22, § 118; sie verteidigte Windscheid Bd. 1 § 37. Dennoch gibt W. zu, daß „reales Wollen von seiten des Berechtigten, eine von ihm ausgehende Willensäußerung" nicht erfordert sei. So suchte er sich zu erklären, daß „auch Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben können, und ein Willensfähiger Rechte haben kann, ohne es zu wissen." Anm. 3 a. a. O. Daher die Formulierung: „die Rechtsordnung hat von einem konkreten Willensinhalt ausgesprochen, daß er maßgebend sei." Wenn es aber auf reales Wollen nicht ankommen soll, und Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben, so würde Windscheid unseres Erachtens richtiger statt „Willensinhalt" gesetzt haben „Inhalt", womit er freilich seine Theorie aufgegeben hätte. In der Tat läßt Windscheid seit der 6. Auflage diesen Erklärungsversuch fallen, aber nicht seine Begriffsbestimmung des Rechts im subjektiven Sinn. Sie hält auch Kipp das. S. 133 ff. fest. — Auch für Brinz sind die Rechte „rechtliche Machtvollkommenheiten". Aber auch er gibt seine Theorie im Grunde auf, wenn er erkennt, daß bei näherer Betrachtung „gewisse Privatrechte und zwar die fundamentalsten von diesen zuvor und wesentlich etwas anderes, nämlich die durch Mein und Dein ausgedrückte Verbindung einer Sache mit einer bestimmten Person" sind. Bd. 1 § 64 S. 210.

4) Mit der Charakterisierung des Rechtes als Willensmacht stehen in enger Ver-

Die rechtliche Zugehörigkeit zu einer Familie z. B. oder das Recht auf den Namen ist nichts weniger als Wollendürfen. Und doch liegen hierin Rechte im subjektiven Sinn. Das Kind, ferner der unheilbare Geisteskranke hat, wie nicht bezweifelt wird, Rechte; denn es bleibt ihm sein Anteil an den Lebensgütern gewährleistet. Von einem rechtlichen Wollendürfen kann aber nicht die Rede sein. Der römische Sklave andrerseits, welchem ein Pekulium zur Verwaltung überlassen war, hatte weitgehendes „Wollendürfen", dennoch war er rechtlos, weil ihm ein selbständiger Anteil an den Lebensgütern versagt war.

Der herrschenden Ansicht fehlt ein Kriterium, um Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit zu unterscheiden, und doch kann sie auf diese Unterscheidung nicht verzichten und ist genötigt, sich so gut es geht um diesen Punkt zu winden.[5] [6]

2. Aus Rechten im subjektiven Sinn entwickeln sich „Ansprüche". Diesen Ausdruck wendet die neuere Rechtswissenschaft[7] und Gesetzgebung mit Vorliebe an. Indessen ist er vieldeutig.

a) Das Wort „Anspruch" bezeichnet einmal die tatsächliche Verfolgung einer uns wirklich oder angeblich zustehenden Befugnis. Daher ist Anspruch namentlich nach der C.P.O. das — mit oder ohne Grund — an den Richter gerichtete Begehren des Klägers, ein Urteil zu seinen Gunsten zu fällen.[8]

b) Ferner aber versteht man unter „Anspruch" die gegenwärtige Befugnis auf Tun oder Unterlassen eines andern.[9]

---

bindung die Versuche der Neueren, die juristischen Personen aus der Reihe der Rechtssubjekte zu streichen: „Es läßt sich nun einmal nicht denken, sagt Brinz, Pandekten 1. Aufl. Bd. 2 S. 984, daß unpersönliche Dinge — wie Staat, Gemeinde, Stiftung — Rechte haben. Ohne irgend ein Dürfen oder Können, Befugnis oder Macht, vermögen wir kein Recht zu denken: mit unmenschlichem Wesen ist das Dürfen und Können unvereinbar." — Man muß aber umgekehrt schließen, da es evident ist, daß Staat, Gemeinde, Stiftungen Rechte haben, und da diese bloß gedachten Subjekte gleichwohl nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln, so liegt das Wesen des Rechtes nicht im „Tun- oder Handelndürfen". Vgl. noch G. Rümelin, Methodisches über juristische Personen 1891 S. 34.

5) Daher „ist", sagt Brinz, § 52, „die Rechtsfähigkeit etwas von Handlungsfähigkeit". Siehe hierüber Binding, Normen Bd. 2 S. 50.

6) Die herrschende Ansicht bekämpft energisch auch Jhering: Geist Bd. 3 Abt. 1 § 60 ff. Jherings Definition lautet — a. a. O. § 61 —: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses." Hierin liegen wohl sehr wichtige Eigenschaften, aber das Wesen des Rechts im subjektiven Sinn ist damit nicht getroffen.

7) Windscheid, die Aktio des römischen Zivilrechts 1856, hat den Begriff des „Anspruchs" zuerst eingehender zu bestimmen versucht und in der Wissenschaft eingebürgert. Zum Vorteil des deutschen Rechtes war dies nicht. Ein bedeutendes Werk, welches hierher gehört, ist von Hellwig: Anspruch und Klagerecht 1900.

8) Fischer, Recht und Rechtsschutz 1889 S. 64. Siehe auch Wach, Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 293.

Dabei findet sich aber weiter der größte Streit zwischen den verschiedenen Protektoren des Anspruchsbegriffes, ob unter Anspruch nur zu verstehen sei das Recht auf eine Leistung gegenüber einer gewissen Person oder ob auch aus absoluten Rechten z. B. dem Eigentum, einem Familienverhältnis, auch ehe sich jemand in Widerspruch setzt, Ansprüche „gegen jedermann" gehen, sich einer jeden Antastung zu enthalten.[10]

3. Die Ansprüche charakterisieren sich durch den Leistungsgegenstand; sie enthalten ein bestimmtes Begehren. Die Rechte individualisieren sich vorzugsweise nach ihrem Entstehungsgrund. Derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Klaggründen, d. h. Rechten im subjektiven Sinne beruhen.[11] Wenn beispielsweise die vermietete Sache durch Schuld des Mieters beschädigt wird, so erhält der Vermieter Anspruch auf Schadensersatz; er kann diesen Anspruch sowohl auf den Mietsvertrag, als auf das Delikt der Sachbeschädigung gründen. Wird ferner dem Vermieter seine Sache nach Endigung der Miete nicht zurückgegeben, so hat er den Anspruch auf deren Rückgewähr; diesen Anspruch kann er sowohl auf den Mietkontrakt, als auf sein Eigentumsrecht stützen. Der Anspruch ist in beiden Fällen derselbe, das Recht aber, auf welches sich der Anspruch stützt, ist ein verschiedenes.[12]

---

9) B.G.B. § 194 bestimmt den Anspruch als das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Darüber, was dies bedeutet, vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 43 S. 107. Nicht übel unterscheidet Regelsberger Bd. 1 § 52 „aktuelles" und „potentielles" Ansprechen.

10) Brinz Bd. 1 S. 252: „denkt einen Anspruch nicht ohne eine gewisse Person, gegen welche er gerichtet ist." Anders Windscheid Bd. 1 § 43. Er nimmt Ansprüche an, die gegen „jedermann" gehen, „gegen niemanden nicht". Dies seien die dinglichen Ansprüche, welche nicht auf eine bestimmte Verpflichtungsperson beschränkt seien. Hiernach hätte jeder Eigentümer einen Anspruch gegen jeden Weltbürger, daß dieser sein dingliches Recht nicht verletze. Der Anspruch aber sei, behauptet Windscheid, befriedigt, solange der von ihm geforderte tatsächliche Zustand vorhanden sei. Weil er befriedigt sei, verjähre er inzwischen nicht. Thon, Rechtsnorm S. 159 sucht Windscheids Auffassung zu widerlegen. Er behauptet, die Annahme eines derartigen Anspruchs gegen jedermann sei ebenso müßig als irreführend. Dies ist zutreffend. Hervorzuheben ist aber, daß dieses Urteil mit Fug nur fällen kann, wer — vgl. oben § 22 Anm. 5 — das dingliche Recht auffaßt als ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache. Nach dieser Betrachtungsweise bedarf es nicht der Unterstellung eines Anspruchs gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird. Wer, wie Thon, das Wesen des dinglichen Rechtes in dem Normenschutz gegen den Genuß der Sache seitens dritter Personen sieht, muß schließlich zu Ansprüchen gegen jedermann kommen. Von diesem Standpunkte aus hat sie denn auch Bierling, Kritik Bd. 2 S. 176, wieder aufgenommen. Auch nach Kipp, bei Windscheid § 43 Anm. 3 S. 156 ist der Anspruch gegen jedermann, „ein Begriff ohne selbständigen Wert."

11) So spricht CPO. § 146 von „demselben Anspruch", „auf den sich mehrere Klagegründe beziehen".

12) Ist dies richtig, so ist es unrichtig mit Windscheid Bd. 1 § 14 die römische actio mit unserem deutschen Anspruch zu identifizieren. Denn die actio ist nicht

§ 40. Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut.[1]

1. Unter einem *Rechtsverhältnisse* ist zu verstehen eine *rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Sachgütern.*[2][3]

Aus Rechtsverhältnissen entwickeln sich häufig Rechte erst in Zukunft nach Maßgabe künftiger Ereignisse, so daß deren Zahl und Umfang vorerst noch nicht bemeßbar ist. So ist es z. B. im Fall des Eingehens eines Gesellschaftsvertrags oder der Eröffnung eines Kredits.[4]

Als Rechtsverhältnis ist auch der Besitz aufzufassen, da er eine rechtlich wirksame Tatsache bildet.

Nicht bloß Rechte können gerichtlich geltend gemacht werden. Auch auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines *Rechtsverhältnisses* kann seitens dessen Klage erhoben werden, welcher an solcher Feststellung ein rechtliches Interesse hat.[5]

2. *Rechtsinstitute sind rechtlich geregelte Einrichtungen der bürgerlichen Gesellschaft*, z. B. Eigentum, väterliche Gewalt, Vormundschaft.[6]

§ 41. Die Ausübung der Rechte.

Ausübung der Rechte ist die Ausnutzung mittels Handelns oder Unterlassens, bestehe sie nun in dem Genuß des durch sie gewährten Lebensgutes oder in ihrer Geltendmachung und gerichtlichen Verfolgung.[1]

Anspruch schlechthin, sondern der *aus einem bestimmten Rechte* sich ergebende Anspruch.

1) Die Grundlage der Lehre von den Rechtsverhältnissen hat Savigny Bd. 1 S. 6, 331 gelegt. Bierling, Kritik der jurist. Grundbegriffe Bd. 2 1883 S. 128, hat die Lehre scharf und klar beleuchtet. Vgl. Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885 S. 57, Bekker Bd. 1 S. 45, Regelsberger Bd. 1 § 13, Bierling, Prinzipienlehre Bd. 1 § 12.

2) Savigny a. a. O. S. 333 definiert das Rechtsverhältnis als eine Beziehung zwischen *Person* und *Person*, durch eine Rechtsregel bestimmt. Wer aber in Gemäßheit der oben § 22 Anm. 5 dargelegten Auffassungen das Wesen des *dinglichen* Rechtes in einer unmittelbaren Beziehung der Person zur *Sache* findet, muß den Begriff des Rechtsverhältnisses in der Weise unseres Textes gestalten. So auch Regelsberger a. a. O.

3) Die Römer bezeichnen das Rechtsverhältnis als jus; l. 12 D. de justitia et jure 1, 1, Marcianus libro 1 institutionum: Nonnunquam jus etiam pro necessitudine dicimus, veluti „est mihi jus cognationis vel adfinitatis".

4) Über „einfache" und „zusammengesetzte" Rechtsverhältnisse vgl. Bierling, Kritik a. a. O. S. 38.

5) C.P.O. § 256, vgl. unten § 134. Siehe ferner C.P.O. § 280.

6) Normen, welche das gesamte Rechtssystem durchziehen, z. B. diejenigen über die Schuld — culpa —, bilden kein Rechtsinstitut.

1) Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 51. Es liegt z. B. die Ausübung eines Weg-

Man darf seine Rechte haarscharf *ausüben*, sofern man sich in den *Schranken der Rechtsordnung* hält,[2] auch wenn man dadurch tatsächliche Zustände aufhebt, aus welchen Dritte Nutzen zogen,[3] selbst, wenn der Nachteil des Dritten unverhältnismäßig größer als der Vorteil des Berechtigten ist. Eine derartige Ausübung ist keine Verschuldung[4] und ihre Folge kein Schaden im Rechtssinne,[5] d. h. keine Rechtsverletzung.[6]

Dennoch läßt sich dies nicht in das äußerste Extrem hinein durchführen. Letztlich ist das Recht doch dazu bestimmt, den menschlichen Bedürfnissen zu dienen. Daher ist es unzulässig sein Recht *bloß* dazu zu mißbrauchen, *um andere zu schädigen*. Solcher Dolus macht auch schadensersatzpflichtig.

Er wird am leichtesten offenbar im *Nachbarrechte*; hier wird der Satz daher am ehesten praktisch. Der sogenannte Neidbau ist nicht zu dulden, ebensowenig das Graben eines Brunnens, bloß damit der Brunnen des Nachbars versiege.[7]

---

rechtes im Gehen, Fahren, Reiten, die Ausübung eines Nießbrauches in der Perzeption der Früchte; vgl. l. 6 ff. D. quemadmodum servitutes 8, 6. Anders Thon, Rechtsnorm S. 288.

2) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 48 ff.

3) l. 26 D. de damno infecto 39, 2 Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, *cum quis jure quid in suo faceret*, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur prohibetur. Vgl. Pernice a. a. O. S. 12 ff. 2. Aufl. S. 49 Anm. 2.

4) l. 55 D. de R. J. 50, 17 Gajus libro 2 de testamentis ad edictum urbicum: nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur. L. 3 § 2 D. de homine libero exhibendo 43, 29.

5) l. 151 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 64 ad edictum. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

6) Beispielsweise ist der Pfandgläubiger befugt, die Pfandsache nach Fälligkeit der Forderung auch zu ungünstiger Zeit zu verkaufen, ungeachtet des Nachteils, welcher nachstehenden Gläubigern oder dem Schuldner hieraus erwachsen kann. — Mit der Rechtsausübung kann eine Pflichtverletzung konkurrieren, welche haftbar macht. Binding, die Normen Bd. 2 S. 291 ff. Der Pfandgläubiger veräußert z. B. nach Pfandrecht, verschleudert aber dabei die Sache dolos zum Nachteil des Pfandschuldners. Der Verkauf ist dann zwar rechtsbeständig, aber der Gläubiger ist dem Verpfänder schadensersatzpflichtig.

7) l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 Ulpianus libro 53 ad edictum. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, *si non animo vicino nocendi*, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. L. 38 D. de R. V. 6, 1. Celsus libro 3 Digestorum „neque malitiis indulgendum est." Über das Verbot der Schikane vgl. Rewoldt in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 677, Leop. Bauke, rechtswiss. Untersuchungen 1897, I. Blümner, die Lehre vom böswilligen

Aber der Satz gilt allgemein, namentlich auch im Obligationenrecht.[8 9]

Gewisse Rechte dürfen nur unter Schonung fremder Interessen ausgeübt werden, selbst wenn dem Berechtigten hieraus Unbequemlichkeiten erwachsen. Namentlich hat der Servitutberechtigte bei Ausübung der Servitut auf den Eigentümer billige Rücksicht zu nehmen — civiliter uti.[10]

§ 42. Kollision der Rechte.[1]

Häufig finden sich *nebeneinander* Rechte, welche sich *tatsächlich nicht vollständig nebeneinander verwirklichen lassen*. Den hieraus sich ergebenden Widerstreit nennt man *Kollision der Rechte*.[2] Die kollidierenden Rechte können gleicher Art sein, z. B. Eigentum und eine Wegservitut. Sie können dem Vermögensrechte angehören, aber auch dem Familienrechte. Beispielsweise kollidierte in Rom vielfach das Recht der väterlichen Gewalt über die verheiratete Tochter mit dem Rechte des Ehemannes.

Manche wollen von einer Kollision nicht reden, wenn die zusammentreffenden Rechte von ungleicher Stärke sind.[3] Dies ist unrichtig. Wird z. B. ein Schuldner zahlungsunfähig und ein Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet, so kollidieren die bevorzugten Forderungen mit den einfachen Konkursforderungen. Denn alle diese Forderungen haben Anspruch auf Befriedigung aus der Masse; nur wird die nicht privilegierte von der privilegierten zurückgedrängt.

Rechtsmißbrauch 1900. Beispiele: Seuffert Bd. 32 n. 204, Bd. 35 n. 273, Bd. 37 n. 292, Bd. 45 n. 167.

8) Hier tritt dem Mißbrauch namentlich die sog. exceptio doli generalis entgegen, vgl. unten § 138.

9) B.G.B. § 226 bestimmt: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Bürg. R. Bd. 1 § 43 S. 109.

10) Das Nähere sowie Beispiele siehe § 237 Anm. 7 ff., vgl. B.G.B. § 1020.

1) Thibaut, Versuche Bd. 2 — 2. Auflage — S. 242 ff. Hufeland, Geist des römischen Rechtes T. II. Abt. 2 S. 1 ff. Stahl, Kollision 1826. Kierulff, S. 230. Wächter, Pand. 1 § 96 Beilage II. Regelsberger Bd. 1 § 55.

2) Die Kollision von Rechten setzt voraus, daß mehrere Rechte begründet sind, die tatsächlich kollidieren. Es liegt also keine Kollision von Rechten vor, wenn das eine Recht durch sein Bestehen das Entstehen des anderen hindert. Vgl. aber Kipp bei Windscheid § 121 Anm. 4 S. 526. Es findet sich ferner dann keine wahre Kollision von Rechten, wenn nur *ein* Recht in Frage ist, wenn es aber zweifelhaft ist, wem dasselbe zusteht. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Erblasser etwas seinem Neffen Franz vermacht hat, und zwei Neffen dieses Namens existieren, welche das Legat ansprechen, oder wenn mehrere, denen eine Forderung gesondert zediert ist, darüber streiten, wem die Forderung zusteht. *Konkurrenz*, nicht Kollision endlich liegt vor, wenn verschiedene Rechte nebeneinander bestehen, welche *denselben Erfolg* bezwecken.

3) So Kierulff S. 235, Arndts § 92 Anm. 3d., dagegen Bekker, Bd. 1 S. 73.

Wie sich die Kollision zusammentreffender Rechte löst, bestimmt sich nach der Art und Stärke der bezüglichen Rechte. Allgemein anwendbare Grundsätze sind nicht aufzustellen. Die Eigenart der Rechte, welche gerade in dem Konflikte scharf hervortritt, entscheidet.

Ein leitendes Motiv für die Gesetzgebung und die Ausbildung des Rechtes ist, daß wer Gewinn erstrebt, dem zu weichen hat, welcher Schaden zu vermeiden sucht.[4] Hierin liegt z. B. der tiefere Grund, weshalb die Vermächtnisnehmer den Erbschaftsgläubigern nachstehen. Es können ferner Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners in dessen Konkurs nicht geltend gemacht werden.[5] [6]

Von allgemeinerer Bedeutung ist, daß sich dingliche Rechte zu einander anders verhalten als Forderungen.

a) Dingliche Rechte an derselben Sache sind meist von ungleicher Stärke.

Die dinglichen Rechte an fremder Sache gehen dem Eigentumsrechte innerhalb ihres Kreises grundsätzlich vor. Soweit jedoch dem Servitutberechtigten die Pflicht zum schonenden Gebrauche obliegt, behält der Eigentümer in Kollisionsfällen die Oberhand.

Mehrere dingliche Rechte an fremder Sache ferner ordnen sich untereinander regelmäßig nach einer festen Priorität. Sie ergibt sich überwiegend aus dem Alter der Rechte.[7] Es gilt dies für Rechte gleicher Art, z. B. für Pfandrechte, wie für solche ungleicher Art, z. B. im Fall der Kollision einer älteren Weidegerechtigkeit mit einer jüngeren Hypothek. Sind die Rechte an sich von gleicher Kraft, so überwiegt nach römischem Rechte der tatsächliche Zustand — in pari causa est potior causa possidentis.[8]

b) Forderungsrechte haben in der Regel unter sich gleiche Stärke.

Insbesondere gib das höhere Alter der einen Forderung

---

4) l. 41 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 46 ad edictum. In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro. Pernice macht darauf aufmerksam, daß Ulpian im 46. Buche die Kondiktionen behandelte.

5) K.K.O. § 63 Ziff. 4. Vgl. Ziff. 3, wonach auch Geldstrafen im Konkurse des Schuldners nicht geltend zu machen sind.

6) Die früher häufig verteidigte Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio ist falsch. Vgl. Wächter, Pand. a. a. O.

7) Vgl. übrigens B.G.B. § 879.

8) l. 10 D. de pignoribus 20, 1, l. 9 § 4 D. de Public. 6, 2. In manchen Fällen hat Teilung der Ausübung stattzufinden. Ihr ist das heutige Recht geneigt. In einigen Fällen entscheidet das Loos, l. 5 D. fam. erc. 10, 2; § 23 J. de leg. 2, 20.

keinen Vorzug vor der anderen. Der Vorzug — privilegium exigendi —, welchen einige Forderungen im Konkurse des Schuldners haben, gründet sich auf ihren besonderen Charakter, nicht auf ihr Alter.

In der Regel entscheidet bei Forderungen das Zuvorkommen — die Prävention.[9]

Hat sich jedoch dieselbe Person für dieselbe Dienstzeit in ein dauerndes Dienstverhältnis bei verschiedenen Personen verdungen, so hat nach der Regel des gemeinen Rechtes der ältere Mieter den Vorzug.[10]

Wird Konkurs über das Vermögen eines Gemeinschuldners eröffnet, so tritt an die Stelle der Prävention verhältnismäßige Austeilung der Masse unter die Konkursgläubiger — pro rata.

Sechstes Kapitel.

Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 43. Ausschließung der Rückwirkung.[1]

Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, d. h. sie beziehen sich nicht auf das, was in der Vergangenheit recht-

9) Hat beispielsweise derselbe Verkäufer dasselbe Pferd zu verschiedenen Zeiten Verschiedenen verkauft, so hat nicht etwa der erste Käufer ein Vorzugsrecht vor dem zweiten. Wäre keinem freiwillig geleistet, und würden beide klagen und ein obsiegliches Urteil erhalten, so würde Eigentümer, wer das Pferd zuerst dem Verkäufer vom Gerichtsvollzieher für sich wegnehmen ließ. C.P.O. § 883.

10) Vgl. l. 26 D. locati 19, 2 Ulpianus libro 2 disputationum. In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri. Der Sinn dieser Stelle ist freilich nur, wer mehreren Dienste versprochen hat, hat nach dem Kontrakt und der bona fides die früher versprochenen zuerst zu leisten. Der zweite kann sich nicht beschweren, wenn er warten muß. Der erstere hat Schadensansprüche, wenn er zurückgesetzt wird. Ein Recht des früheren Mieters gegen den späteren ist hier nicht anerkannt.

1) F. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze 1818, Savigny, System Bd. 8 S. 368, F. Lassalle, das System der erworbenen Rechte, Teil I: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze 1861, 2. fast unveränderte Auflage 1880. Die interessante Arbeit von H. Goeppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, blieb leider unvollendet. Sie wurde aus dessen Nachlaß herausgegeben und ergänzt von Eck in Jherings Jahrbüch. Bd. 22 S. 1 ff. Gabba teoria della retroattivitá delle leggi 4 tom. 1868 ff. 2. Aufl. 1884. Pfaff und Hofmann, Exkurse z. Kommentar d. östr. bürgl. Gesetzb. I S. 112 ff. Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 1899, 3. A. 1901. Die Geschichte der Lehre stellt dar F. Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts 1902.

lich begründet ist, sondern nur auf das, was in Zukunft rechtlich begründet werden soll.[2]

Dies ist eine Anforderung des geläuterten Rechtsgefühles. Denn das alte Gesetz gewährleistete, was seinen Anforderungen entsprechend begründet war. Auf diese Gewährleistung durften die Untertanen vertrauen. Wird sie zurückgenommen, so erscheint dies den Betroffenen als Unbill und erschüttert bei allen das Gefühl der Sicherheit des Rechtes. Um deswillen pflegten die römischen leges ausdrücklich die Rückwirkung auszuschließen.[3] Aber eine unübersteigliche Schranke der Gesetzgebung lag hierin in Rom nicht; auch die deutschen Verfassungen wissen von einer solchen Schranke nichts.[4] Es handelt sich also um eine Maxime, über welche sich der Gesetzgeber aus Gründen hinwegsetzen kann. Er tut dies namentlich dann, wenn bestehende Rechte im Laufe der Zeit in schroffen Gegensatz gegen das öffentliche Bewußtsein treten, gemeinschädlich werden, als unsittlich gelten. Beispiele bilden die Aufhebung der Leibeigenschaft, der Sklaverei.

Aus dem, was gewöhnlich geschieht, ergibt sich die Auslegungsregel: Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft zuzuschreiben, es sei denn, daß sie sich eine solche besonders beilegen.[5]

---

2) Das gleiche gilt grundsätzlich vom Gewohnheitsrechte und Gerichtsgebrauch. Bei dem Umstande, daß sich hier der Übergang nicht schroff, sondern nur allmählich vollzieht, wird dies freilich nur selten praktische Konsequenzen haben. Wenn sich aber beispielsweise durch ein Gewohnheitsrecht gewisse Formen für einen gerichtlich zu vollziehenden Akt festgestellt hätten, und ein Rechtsgeschäft zur Sprache käme, welches dieser Form entbehrt, aber aus einer Zeit stammt, in welcher sich dieselbe noch nicht gewohnheitsrechtlich festgestellt hatte, so wäre das Rechtsgeschäft zweifelsohne gültig.

3) Cic. in Verr. I cap. 42 § 109. De jure vero civili si quis novi quid instituerit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse non patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili; hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur. Vgl. l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Goeppert a. a. O. S. 21.

4) In den Vereinigten Staaten von Nordamerika dagegen sind die Gesetze verfassungsmäßig nicht im stande, ihren Vorschriften rückwirkende Kraft zu geben. Derartige Bestimmungen sind nichtig und werden von den Gerichten nicht beachtet, Goeppert a. a. O. S. 49 ff.

5) Vgl. die l. 7 C. de legibus 1, 14, über welche aber folgendes zu bemerken ist. Der Satz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, wurde ursprünglich auf constitutiones principum nicht bezogen, weil diese nicht sowohl neue Rechtsnormen aussprachen, als den Sinn der alten entwickelten. Da sie nun aber später Gesetze eigentlicher Art wurden, verordnete Theodosius I. in der l. 1 C. Theod. de const. 1, 1 vom Jahre 393: Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt. Eine Anwendung dieses Grundsatzes machte die l. 7 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 440. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Die Kaiser schließen hier vorzugsweise die Anwendung neuer Gesetze auf anhängende Prozesse aus. Denn dies ist negotium, vgl. l. 3 C. eod. „interlocutiones, quas in uno negotio judicantes protulimus". So faßt die Ver-

1. Unberührt bleibt hiernach die Geltung von *Rechtsgeschäften*, wenn sie den gesetzlichen Formvorschriften zur Zeit ihrer Errichtung entsprachen, trotzdem neue Gesetze später andere Formen an die Stelle setzen.

Dies gilt namentlich für Testamente, auch wenn die Änderung vor dem Tode des Testators eintrat.[6] Umgekehrt bleibt eine Testamentsurkunde wirkungslos, welche den Formvorschriften der Zeit ihrer Errichtung nicht entsprach, auch wenn sie die Anforderungen, welche später erlassene Gesetze zur Zeit des Todes stellen, erfüllen würde.[7] So ist es auch bei anderen Rechtsgeschäften.

2. Unberührt bleiben ferner unter der Herrschaft des alten Rechtes begründete *Rechtsverhältnisse*. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um s. g. *erworbene* Rechte handelt, d. h. durch eine *spezielle Erwerbshandlung* erlangte Rechte oder um Rechte *anderer Art*.[8] Dies schließt folgende Rechtssätze in sich:

a) Die Frage, ob ein Rechtsverhältnis *rechtlich begründet* wurde, ist nach den Gesetzen der Zeit seiner Begründung zu beurteilen.

b) Es ist unbestrittene Folge der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, daß die Rechtswirkungen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse *bis*

---

ordnung auch Justinian auf, welcher in der c. Tanta § 23 seinen Digesten Rückwirkung gibt und auf die l. 7 Cod. cit. anspielend äußert, sie fänden Anwendung: in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive in judiciis adhuc pendent. Vgl. auch l. 21 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 am Schlusse. Einen allgemeinen abstrakten Lehrsatz dürfen wir hiernach in der l. 7 Cod. cit. nicht suchen.

6) Justinian wendet diesen Satz bei Gelegenheit einer Erschwerung der Testamentsformen in der l. 29 § 7 C. de testamentis, 6, 23 an: „quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?“ ebenso in der nov. 66 cap. 1 § 4 „absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti.“

7) Vgl. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 214.

8) Es ist herrschende Ansicht, daß nur „erworbene“ Rechte durch neue Gesetze unberührt bleiben. Was aber erworbene Rechte sind, darüber bestehen sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Einige verlangen, wie im Text hervorgehoben ist, einen besonderen Erwerbstitel. Andere verstehen unter erworbenen Rechten solche Befugnisse, welche nicht auf der natürlichen Freiheit beruhen, oder allen Staatsbürgern oder gewissen Klassen derselben ohne weiteres auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften zustehen, sondern für die einzelnen durch einen besonderen Rechtsgrund erworben sind, vgl. Goeppert a. a. O. S. 86 und dort Angeführte. Die Beschränkung auf erworbene Rechte hat keine Begründung in den Quellen, welche sehr allgemein von facta praeterita reden. Gegen dieselbe habe ich mich bereits in meinem Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 30 erklärt: sie wird auch von Goeppert a. a. O. eingehend bekämpft. Die Ausschließung der Rückwirkung auf erworbene Rechte zu beschränken, ist aus inneren Gründen verwerflich. Man denke: nach früherem Gesetz endigte die väterliche Gewalt mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre des Kindes: nach einem später eingeführten Gesetze endigte sie erst mit der getrennten Wirtschaft des Kindes. Sollen nun die Kinder, welche bei Eintritt des neuen Gesetzes einundzwanzig Jahre alt sind, aber noch keine gesonderte Wirtschaft haben, wieder Hauskinder werden? Ein erworbenes Recht im Sinne der herrschenden Theorie ist ihre Selbständigkeit nicht. Dennoch wäre es zweckwidrig und der vernünftigen Absicht des neuen Gesetzes nicht entsprechend, ihnen die Selbständigkeit wieder zu entziehen. Vgl. aber auch Gierke. Deutsch. Privr. Bd. 1 § 23 S. 192 f.

zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes entwickelten, durch dasselbe nicht berührt werden. Dies also auch dann, wenn das neue Gesetz an das Rechtsverhältnis andere Wirkungen knüpft, und wenn der Rechtsstreit über jene Rechtswirkungen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geführt wird.[9]

c) Es ist aber auch Folge des Prinzipes, was freilich manche nicht anerkennen, daß einmal begründete Rechtsverhältnisse trotz des Inkrafttretens neuer Gesetze diejenigen rechtlichen Wirkungen dauernd entwickeln, welche sich aus ihnen nach dem Gesetze ihrer Begründungszeit ergeben. Sie unterstehen also der Herrschaft des alten Gesetzes auch nach Inkrafttreten des neuen.

Nach gemeinem Rechte konnte beispielsweise der Darlehensgeber ein ohne Zeitbestimmung gegebenes Darlehen jederzeit zurückfordern. Das B.G.B. § 609 bestimmt, wenn eine Zeit nicht bedungen ist, für die Rückforderung von Darlehen eine Kündigungsfrist von drei Monaten, bei Darlehen unter 100 Mark von einem Monat. Hierdurch werden Darlehen nicht betroffen, die seinerzeit unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes gegeben wurden. Sie können jederzeit ohne vorgängige Kündigung zurückgefordert werden, auch wenn sie noch so lange nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes stehen bleiben.[10]

Das neue Gesetz ist maßgebend, wenn Rechte zur Zeit seines Inkrafttretens erst in der Entstehung begriffen, aber noch nicht entstanden sind.[11] Daher ist eine laufende Verjährung in der Regel nicht nach dem Gesetze zu beurteilen, welches bei ihrem Beginne galt, sondern nach dem während des Laufes der Verjährung in Kraft tretenden Gesetze.[12] [13]

Ferner erhalten bloße Erwartungen keinen Schutz. Wird z. B. unmittelbar vor dem Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge in der Art geändert, daß

9) Savigny Bd. 8 S. 368 ff. schließt die Rückwirkung neuer Gesetze nur aus, soweit sie den Erwerb der Rechte betreffen. Dagegen legt er denjenigen Gesetzen rückwirkende Kraft bei, welche das Dasein der Rechte zum Gegenstande haben, sei es das Sein oder Nichtsein, sei es das So- oder Anderssein der Rechte. Allein die Grenze zwischen beiden Klassen von Gesetzen ist nichts weniger als klar und fest, vgl. hierüber Goeppert a. a. O. S. 91. Was aber wichtiger ist: diese so tief greifende Einschränkung des Prinzipes der nichtrückwirkenden Kraft der Gesetze ist weder aus den Quellen, noch aus dem Wesen der Sache irgendwie zulänglich begründet.

10) Vgl. auch Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 170.

11) Hiergegen führt Brinz Bd. 1 S. 98 den Ausdruck der l. 7 C. de legibus 1, 14 „pendentibus negotiis“ ins Feld. Es ist aber oben — Anm. 5 — nachgewiesen, daß hierdurch die Einwirkung neuer Gesetze auf schwebende Prozesse, nicht auf schwebende Geschäfte ausgeschlossen werden soll.

12) Auch R.G. Bd. 4 S. 35 nimmt an, daß eine noch im Laufe befindliche Verjährung nach dem neuen Gesetze zu beurteilen ist. Vgl. aber auch R.G. Bd. 24 S. 266, Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 169.

13) Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung unterstehen dem Rechte der Zeit des Abschlusses, nicht der Zeit des Eintritts der Bedingung, infolge der Rückziehung der Bedingung Siehe unten § 111.

nach ihr nicht A., dem sie nach bisherigem Recht gebührt hätte, sondern B. nächster Intestaterbe ist, so ist A. durch B. verdrängt. Denn solange der Erblasser lebte, hatte A. noch kein Erbrecht, sondern nur eine Erwartung, und nachdem derselbe verstorben ist, ergeht die Berufung nicht an ihn, sondern an B.

Neue Prozeßgesetze heben ältere auf. Von einem Rechte darauf, daß ein anhängiger Streit nach den Regeln des alten Prozesses zu Ende zu führen ist, kann keine Rede sein.

Besondere gesetzliche Vorschriften — s. g. Übergangsbestimmungen — können dies alles natürlich modifizieren.[14]

§ 44. Rückwirkende Gesetze.

Gesetze können sich rückwirkende Kraft beilegen. Dies kann durch besondere Erklärung geschehen. Eine solche liegt unter anderem darin, daß das Gesetz sich als authentische Interpretation eines früheren Gesetzes bezeichnet.[1] Der Wille der Rückwirkung kann aber auch, ohne besonders ausgesprochen zu sein, aus dem *Inhalte* des Gesetzes erhellen. Dies wird namentlich anzunehmen sein, wenn das neue Gesetz den älteren Rechtszustand um deswillen ändert, weil es ihn als schlechthin verwerflich ansieht.[2]

Der Wille des Gesetzes entscheidet auch über das *Maß* der Rückwirkung. Da die Rückwirkung immer etwas Außerordentliches ist, so reicht sie nicht weiter, als dies das Gesetz unzweideutig vorschreibt. Es ist eine Rückwirkung schwächeren und eine solche stärkeren Grades zu unterscheiden.

a) Die Rückwirkung ist *schwächeren Grades*, wenn das Gesetz in ältere Rechtsverhältnisse zwar der Art eingreift, daß sich aus ihnen von dessen Inkrafttreten an nur noch nach Maßgabe des neuen Rechtes Rechtswirkungen entwickeln, wenn es aber *die bis zu seinem Inkrafttreten erwachsenen Rechtswirkungen unberührt läßt*, so daß es in dieser Hinsicht bei dem bestehenden Rechtszustande verbleibt.

Ein Beispiel gibt das justinianische Recht. Nach älterem Rechte war das gesetzliche Zinsmaximum 12%. Justinian setzte dasselbe im Jahre 528 für die Regel auf 6% herab.[3] Im Jahre 529 verordnete er, daß sich dies auch auf diejenigen Zinsverträge rückwirkend beziehe, die älter als sein Zinsgesetz waren, jedoch nur hinsichtlich der Zinsen, welche nach dessen Inkrafttreten verfielen. Zinsen, welche vor dieser Zeit erwachsen waren, und die noch ausstanden, sollten nach Maßgabe des Rechtes ihrer Begründungszeit einklagbar bleiben.[4]

14) Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 153 ff. Habicht a. a. O.

1) Vgl. oben § 37 S. 82.

2) Vgl. R.G. Bd. 42 S. 97. Bürg. R. Bd. 1 § 32 Anm. 7 S. 83.

3) l. 26 C. de usuris 4, 32.

4) l. 27 C. eod.

b) Im Falle der Rückwirkung *stärkeren Grades* erkennt das Gesetz auch die Rechtswirkungen nicht an, welche *vor seinem Inkrafttreten* aus vorher begründeten Rechtsverhältnissen erwuchsen, vorausgesetzt, daß sie noch nachher Gegenstand richterlicher Beurteilung werden. So wurden mehrfach in Zeiten revolutionärer Bewegungen gehässige bäuerliche Lasten in der Art aufgehoben, daß man auch die Beitreibung der vor dem Aufhebungsgesetze bereits verfallenen Prästationen untersagte.

Aber auch in solchen Fällen ist es nicht als Absicht des Gesetzes zu erachten, vor seinem Inkrafttreten durch *Zahlung* oder durch *rechtskräftiges Urteil* oder *Vergleich* Erledigtes nachträglich in Frage zu stellen.[5] [6]

B. Internationales Privatrecht.

§ 45. Allgemeine Grundsätze.[1]

Die gegenseitige Anerkennung der Staaten innerhalb des Kulturkreises hat zu einer gegenseitigen Anerkennung des Rechtes geführt.[2]

Allerdings ist jeder Staat im Inlande souverän. Sein Wille ist für den inländischen Richter schlechthin maßgebend. Daher stände ihm an sich frei vorzuschreiben, daß im Inlande nur nach inländischem Rechte

5) Vgl. oben § 37 Anm. 7.

6) Dasselbe gilt dann, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig, gegen dasselbe aber nicht die Berufung, sondern die Revision eingelegt ist. Das Revisionsgericht kann dann das neue Gesetz nicht zur Anwendung bringen, da es nur zu prüfen hat, ob das angefochtene Urteil ohne Verletzung der damaligen Gesetzgebung ergangen ist. Bürg. R. Bd. 1 § 32 Anm. 8 S. 84, Kipp bei Windscheid § 33 Anm. 2 S. 116.

1) Die Literatur gibt an das umfassende Werk von L. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. Aufl. 1889 2 Bde., gedrängter dessen Lehrbuch d. i. Pr.- und Strafrechts 1892, ferner Böhm, d. räuml. Herrschaft d. Rechtsnormen 1890 und die von demselben, nach dessen Tode von Niemeyer herausgegebene Zeitschr. f. internationales Privat- und Strafrecht seit 1890, Meili, Geschichte und System d. intern. P.R. 1892. Neue Grundlagen sucht in anregender Weise zu gewinnen Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1 1897, Bd. 2 1. Hälfte 1898. Von ausländischen Bearbeitungen vgl. F. Laurent, le droit civil international, Bruxelles 1880 ff., 8 Bde., Westlake, Lehrb. d. international. P.R., deutsche Ausgabe von Holtzendorff 1884. Belehrend auch Niemeyer, zur Kodifikation des internationalen Privatrechts 1895, das internationale P.R. des B.G.B. 1901. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 7—31 bezweckt nur einige Hauptpunkte zu kodifizieren.

2) Die Römer kannten nichts Ähnliches. Sie bildeten für den Verkehr mit Angehörigen anderer Nationen, deren rechtliche Existenz sie anerkannten, wie bereits oben § 20 S. 44 bemerkt wurde, ein diesem Verkehr angepaßtes besonderes Recht — das jus gentium. Seit der Völkerwanderung kam das System der *Personalität der Rechte* zur Geltung, d. h. es lebte jeder nach dem Rechte des Stammes, dem er durch seine Geburt angehörte, z. B. der salische Franke nach salischem, der Alemanne nach alemannischem, der Römer, die römische Kirche und ihre Geistlichen nach römischem Rechte, vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Bd. 5 S. 282 ff. An die Stelle trat später die *Territorialität der Rechte*, siehe Stobbe in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 2 „Personalität und Territorialität des Rechtes". Vgl. ferner Meili, Geschichte

geurteilt und ausländisches Recht auch dann nicht beachtet werde, wenn ausländische Verhältnisse zur Entscheidung kommen.[3] Der moderne Staat macht aber von dieser Macht nur ausnahmsweise Gebrauch. Fremde Rechte sind namentlich nicht anzuwenden, wenn sie gegen das Wohl des heimischen Staates oder dessen Staatsangehöriger gerichtet sind, oder wenn sie mit der Idee der Gerechtigkeit, wie sie im heimischen Rechte waltet, in einem das Rechtsgefühl verletzenden Gegensatze stehen. Beispielsweise erkennt das gemeine Recht ein Sklavenverhältnis auch bei durchreisenden Ausländern nicht an.[4 5]

Für die Regel gilt im Gebiete des gemeinen Rechtes, wie im ganzen europäischen Völkerkreise, das *Prinzip der Territorialität*,[6] d. h. das Geltungsgebiet der Rechte beschränkt sich auf *Verhältnisse, welche dem Inlande angehören*. Dies entspricht dem Wesen der Sache — der aequitas — und dem gemeinsamen Nutzen. Denn im Auslande herrscht das ausländische Recht; nach ihm hat sich der dortige Untertan zu richten und bestimmen sich die dortigen Verhältnisse. Kommen nun derartige Rechtsverhältnisse bei uns im Inlande zur richter-

---

u. System des internationalen P.R. 1892, dens. in Zeitschr. f. intern. P.R. Bd. 9 S. 1. In ihr wurzelt die s. g. Statutenkollision. Eine eingehende Theorie derselben hat zuerst Bartolus ad tit. Cod. de summa trinitate 1, 1 n. 13—51 aufgestellt, mit reicher Kasuistik und Entscheidung der Fälle, alles mit Stellen des corpus juris belegend.

3) Hieraus leitete Wächter im Archiv f. c. Pr. Bd. 24 n. 2, Bd. 25 n. 1, 4 und 12 folgende drei Sätze ab: a) Wenn und soweit das Recht unseres Staates etwas über die Frage festsetzt, nach welchem Recht ein Rechtsverhältnis zu entscheiden ist, ist dies für den Richter maßgebend. Der Satz ist zweifellos. b) Soweit das Recht unseres Staates eine solche Entscheidung nicht ausdrücklich gibt, muß man sie aus dem Geiste unseres Rechtes und aus seinen allgemeinen Prinzipien entnehmen. Auch dies ist nicht zu beanstanden. c) Wenn es an einer solchen Entscheidung fehlt, so hat der Richter im Zweifel das Recht seines Staates auch auf das ausländische Verhältnis anzuwenden. Die Anwendung fremder Rechte ist daher die Ausnahme, welche auch nur in wenigen Fällen eintritt. Dieser Satz wäre der praktisch wichtige. Er ist aber nicht bewiesen und steht im Widerspruche mit dem Territorialitätsprinzip, von dem das Recht seit dem Mittelalter ausgeht.

4) Vgl. Kahn in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 1, Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 334.

5) Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 30 ist die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den „Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde." Bürg. R. Bd. 1 § 35 S. 93.

6) Es gilt dies sowohl für verschiedene Rechte innerhalb desselben Staates, als für verschiedene Rechte verschiedener Staaten. Nach der C.P.O. § 293 besteht jedoch der Unterschied, daß der inländische Richter das in seinem Staate, aber in einem anderen Rechtsgebiete geltende Gesetzesrecht von Amts wegen kennen muß, z. B. der gemeinrechtliche preußische Richter das Recht des Gebietes des allgemeinen Landrechtes. Die *in einem anderen Staate* geltenden Rechte aber muß, wie Gewohnheitsrecht, der Richter nicht von Amts wegen kennen, darf sie aber von Amts wegen erforschen, vgl. oben § 28 Anm. 4, Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 287. Das Reichsgericht hat sämtliche im deutschen Reiche bestehenden Rechte von Amts wegen zu kennen.

lichen Beurteilung, so würde die Anwendung unseres Rechtes als Zufall und Willkür, nicht als wahre Gerechtigkeit erscheinen. Wenn wir aber demzufolge dem Auslande sein Recht gewähren, so kommt dies nach der Reziprozität, die sich naturgemäß herstellt, auch unseren Staatsangehörigen im Auslande zu gute.[7]

In diesem Sinne sprechen wir von einem *internationalen Privatrechte*. Dasselbe erlangt, soweit es im einzelnen Staate gilt, formal seine Kraft durch den Willen dieses Staates, aber sein Inhalt ist in den Hauptzügen durch die Übereinstimmung der Kulturnationen gebildet. Man spricht auch von einer *räumlichen Kollision der Rechte*. Wenn es nämlich zweifelhaft ist, welches von mehreren Rechten auf ein Rechtsverhältnis infolge des internationalen Privatrechtes anwendbar ist, so pflegt jede Partei die Geltung des ihm günstigeren Rechtes anzurufen. So entsteht ein Widerstreit, eine Kollision,[8] welche aber nur eine scheinbare ist. Denn für das räumliche Anwendungsgebiet eines jeden Rechtes besteht grundsätzlich eine Grenze, es kommt nur darauf an, sie zu ermitteln.[9]

Die Grenzbestimmung ist Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis. Die Praxis hat sie in vielen und wichtigen Beziehungen im Laufe der Jahrhunderte endgültig getroffen. Zahlreiche Punkte sind aber noch mehr oder weniger offen. Hier ist die Praxis des Reichsgerichtes von besonderer Bedeutung, welche den deutschen Gerichtsgebrauch fixiert.

Die Schwierigkeit der grundsätzlichen Lösung liegt in folgendem. Die Aufgabe ist die räumliche Abgrenzung des Geltungsbereiches der Gesetze. Die Rechtsverhältnisse, welche betroffen werden, sind jedoch nichts Räumliches, sie haben nur räumliche Beziehungen, nach denen die Abgrenzung erfolgt. Diese Beziehungen sind oft mannigfache. Es gilt dann, die *entscheidende räumliche Beziehung* zu finden.[10] Man unterscheidet zu diesem Behufe von alters her:[11]

---

7) Diese Gedanken hat namentlich Savigny, System Bd. 8 S. 8 ff. siegreich vertreten.

8) Diese Kollision wird geschlichtet durch *Kollisionsnormen*, welche den Inhalt des internat. P.R. des Staates bilden, dem der zur Entscheidung berufene Richter angehört. Sie sind *einseitige*, wenn sie sich darauf beschränken, die inländische Rechtsnorm als anwendbar zu erklären, *vollkommen*, wenn sie überhaupt das maßgebende Recht bestimmen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um deutsches oder fremdes handelt.

9) Vgl. aber auch Kahn in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 1 ff. über — wahre — Gesetzeskollisionen.

10) Savigny stellt a. a. O. S. 107 ff. folgende Formel auf. Die Aufgabe gehe dahin, daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört, *worin dasselbe seinen Sitz hat*. Diese Formel hat vielfach Beifall gefunden, z. B. bei Regels-

1. Statuta personalia, d. h. Rechtsnormen bezüglich der Personen als solcher. Sie betreffen die Einwohner ihres Geltungsbereiches.

2. Statuta realia, d. h. die Rechtsnormen über Immobilien. Sie betreffen diejenigen Immobilien, welche in ihrem territorialen Geltungsbereiche liegen. Entsprechend erachtet man auch die Rechtsnormen über Mobilien für die in ihrem Geltungsbereiche befindlichen Mobilien als maßgebend.

3. Die ältere Theorie bezeichnete als Statuta mixta solche Rechtsnormen, welche weder das Personenrecht noch das Sachenrecht betreffen, sondern z. B. die Forderungsrechte. Sie gelangte aber zu allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen hinsichtlich des Geltungsbereiches dieser Rechtsnormen nicht. Auf diesem Gebiete besteht noch jetzt zum großen Teile Kontroverse.[12]

§ 46. Personalstatuten. Domizil.

Die Personalstatuten bestimmen das Personenrecht der Einwohner ihres Geltungsbereiches. Über ihre Anwendung entscheidet also das Domizil, nicht, wie manche annehmen, das Staatsbürgerrecht.[1]

1. Domizil — Wohnsitz — eines Menschen ist der Mittelpunkt seiner Tätigkeit, in diesem Sinne sein regelmäßiger Aufenthaltsort.[2] Derselbe fordert:

---

berger Bd. 1 § 39 Anm. 2, Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 25 S. 217 ff.; sie ist auch in der Praxis, insbesondere in den Entscheidungen des Reichsgerichts beliebt. Allerdings sind Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen nichts Körperliches, und nur das Körperliche hat einen Sitz im Raume. Es liegt also nur ein Bild vor. Doch ist der Kern der Lehre ein gesunder, und das aus ihr zu entnehmende allgemeine Prinzip ein brauchbares. Vgl. auch Kipp bei Windscheid § 34 Anm. 3 S. 119.

11) Dieser Schematismus gehört dem 17. Jahrhundert an, vgl. Wächter a. a. O. Bd. 24 S. 278; früher unterschied man einfacher, ob das Statut de personis oder de rebus oder de solennitate actus disponiere.

12) Etwas ganz anderes versteht Zitelmann a. a. O. S. 124 unter Personal-, Sach- und Gebietsstatut. Das erste ist ihm die gesamte Rechtsordnung desjenigen Staates, welchem die Person angehört, an der oder gegen die das bei dem Rechtsfall streitige Recht bestehen soll. Sachstatut bedeutet ihm die gesamte Rechtsordnung des Gebiets, in welchem sich die Sache, um die es sich bei dem Rechtsfall handelt, befindet; Gebietsstatut schließlich die Rechtsordnung desjenigen Staates, für dessen Gebiet ein Recht in Anspruch genommen wird, welches Herrschaft über einen sonstigen Handlungsinhalt gewährt.

1) R.G. Bd. 8 S. 146, Bd. 14 S. 184. Den Bürger nennen die Römer civis, den Einwohner incola; das Bürgerrecht bezeichnet origo, den Wohnsitz domicilium. Viele Gesetzgebungen legen das Gewicht auf das Staatsbürgerrecht, vgl. Niemeyer a. a. O. 1895 S. 115 ff. Stobbe I § 30 S. 235. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 7 richtet sich die „Geschäftsfähigkeit" — unten § 49 — nach der Staatsangehörigkeit. Vgl. Bürg. R. Bd 1 § 36 II S. 96, § 37 S. 98.

2) Über den Begriff des Domizils siehe Bar, Theorie Bd. 1 S. 151, Wach,

a) den Willen des regelmäßigen Aufenthalts an einem Orte, den man zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse macht;[3] Aufenthalt, welchen man bloß vorübergehend gewählt hat, z. B. als Studierender[4] oder zum Besuch, begründet kein Domizil, auch wenn sich der Aufenthalt fort und fort verlängert;

b) die Betätigung jenes Willens durch entsprechende Handlungen, z. B. durch Beziehen einer Wohnung. Unterbrechungen wenn auch längerer Dauer kommen nicht in Betracht. Der Geschäftsreisende z. B., welcher jahraus jahrein auf Reisen ist, aber in Berlin sein Heim nahm und einrichtete, hat dort sein Domizil, wenn er auch nur kurze Zeit dort ausruht.

Man kann seinen Wohnsitz auch da haben, wo man ein Wohnrecht nicht hat. Denn man kann erwarten, daß die Obrigkeit von dem Rechte der Ausweisung keinen Gebrauch macht.[5]

In der Regel verliert man sein bisheriges Domizil erst mit dem Erwerbe eines anderen. Es kommt aber auch Verlust des Domiziles ohne Begründung eines neuen vor.[6] Für das internationale Privatrecht

---

Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 399, R.G. Bd. 15 S. 367, l. 7 § 1 C de incolis 10, 40 Diocletianus. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde, cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari jam destitit. Ähnlich schon Alfenus Varus in der l. 203 D. de V. S. 50, 16. Wie unser Text das japanische Gesetzbuch, übersetzt von Loenholm § 21: „Der Wohnsitz eines Menschen ist an dem Orte, welcher den Mittelpunkt seiner Lebenstätigkeit bildet." B.G.B. § 7 bestimmt: „wer sich an einem Ort ständig niederläßt, begründet an diesem Ort seinen Wohnsitz." — Das Domizil begründet den allgemeinen Gerichtsstand einer Person, C.P.O. § 13. In dieser Beziehung trifft die C.P.O. §§ 14 ff. Bestimmungen über das Domizil.

3) Verbringung ins Irrenhaus gibt dort kein Domizil; ebensowenig solche ins Arbeitshaus, Gefängnis, Zuchthaus. Vgl. Bar, Theorie, S. 155 Anm. 15.

4) l. 2 C. de incolis 10, 40. Wer zehn Jahre am Studienort Studierens halber blieb, galt nach einer Verordnung Hadrians als dort niedergelassen. Dies wurde nicht gemeinrechtlich. Hat der Pächter, welcher auf dem Pachtgut wohnt, dort sein Domizil? — Das hängt von den tatsächlichen Umständen ab. Daß er nur auf Zeit gepachtet hat, schließt es nicht schlechthin aus. Seuff. A. Bd. 20 n. 183. Vgl. C.P.O. § 21 Abs. 2. — Der Eintritt eines Volljährigen in ein Dienstverhältnis behufs des Erwerbes seines Lebensunterhalts begründet seinen Wohnsitz am Orte, wo er sich zur Erfüllung seiner Dienstpflicht aufhält.

5) R.G. Bd. 8 S. 146 ff.

6) Auch nach B.G.B. Dies ist z. B. infolge einer Ausweisung, aber auch durch Willensentschluß möglich. Freilich scheint es, daß manche römischen Juristen nur eine Translation des Domizils, keine Aufgabe desselben ohne Wahl eines neuen zuließen, vgl. l. 20 D. ad municip. 50, 1. Paulus libro 24 quaestionum. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. l. 1 C. de incolis 10, 40. Anders aber Ulpian libro 2 ad edictum l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1: difficile est sine domicilio esse quemquam: puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat. Ulpians Auffassung war keine glückliche. Nur die Wahl des Domizils kann füglich dem einzelnen freigegeben werden, nicht die Frage, ob er ein Domizil haben will.

gilt jedoch das aufgegebene Domizil als noch fortbestehend bis zur Begründung eines neuen.

In einigen Fällen schreibt das *Gesetz* jemandem im Interesse des Verkehrs von Rechts wegen ein Domizil zu, ohne Rücksicht darauf, ob er es tatsächlich hat oder haben will, weil er es dort haben soll. Ein solches *notwendiges Domizil* — necessarium — haben insbesondere Beamte an ihrem Amtssitze,[7] Ehefrauen am Ort des Domizils ihres Ehemannes.[8 9] Es ist möglich, an verschiedenen Orten zugleich Domizil zu haben.[10] Für das internationale Privatrecht ist das frühere Domizil das entscheidende.

2. Zu den *Personalstatuten* gehören folgende Kategorien von Rechtsnormen:

a) die über die *Handlungsfähigkeit* einer Person; insbesondere bestimmt sich die Dauer der Minderjährigkeit sowie der Umfang der Beschränkungen der Minderjährigen nach dem Rechte ihres Domizils.[11]

b) Das gleiche gilt, obgleich dies manche bestreiten, bezüglich der *Rechtsfähigkeit* und *persönlichen Stellung* des Menschen, z. B. seines Namens, Standes.[12]

c) Auch die Familienrechte sind hierher zu rechnen. Doch sind die

---

7) Nach B.G.B. § 9 gilt dies nur für Militärpersonen.

8) l. 23 § 1, l. 38 § 3 D. ad municip. 50, 1. Savigny a. a. O. 101 ff. B.G.B. § 10.

9) Eheliche Kinder teilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgegeben haben. Die Kinder können, wenn sie großjährig sind, einen anderen Wohnsitz wählen, vgl. l. 3, l. 4, l. 6 § 1, l. 17 § 11 D. ad mun. 50, 1. Übereinstimmend B.G.B. § 11.

10) l. 5, l. 6 § 2, l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1. Ebenso B.G.B. § 7 Abs. 2.

11) Abweichend Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 69. Eine Modifikation findet sich im Art. 84 der Wechselordnung. Sie ist auf das Wechselrecht zu beschränken.

12) Den Satz verwirft Stobbe a. a. O. Bd. 1 § 30 unter II. Er erleidet freilich mannigfache Beschränkungen. Es ist namentlich richtig, wie R.G. Bd. 2 S. 145 ff. ausführt, daß die Rechtsnormen des Privatfürstenrechts des hohen Adels nicht territorialer, sondern personaler Natur und für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse der Standesherren maßgebend sind, ohne Rücksicht auf ihren jeweiligen Wohnort, selbst wenn derselbe außerhalb Deutschlands sein sollte. Zweifelhaft ist jedoch der hieraus vom Reichsgericht in jenem Erkenntnisse gezogene Schluß. Wenn ein Mitglied eines solchen Geschlechtes im Auslande domiziliert oder eingebürgert ist und dort eine Ehe schließt, die nach deutschem Privatfürstenrecht nicht standesgemäß ist, im Ausland aber als vollgültig angesehen wird, so hält das Reichsgericht die Aberkennung des Titels und Wappens des fürstlichen Geschlechtes gegenüber der Frau und folgerecht auch gegenüber den Nachkommen aus solcher Ehe für zulässig. Unterstellen wir, diese Kinder sind Franzosen oder Russen. Sie haben nach ihrem Heimatsrechte Namen, Titel und Wappen ihres legitimen Vaters. Sollten sie in Deutschland ihres Namens beraubt sein? Nur das ist zweifellos, daß sie dem deutschen hochadeligen Geschlechte nicht zugehören. Doch wie das R.G. auch Gierke, Jherings Jahrb. Bd. 35 S. 149.

entſcheidenden Ortsbeziehungen für die einſchlägigen Verhältniſſe verſchiedene. Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe beſtimmt ſich für jeden Verlobten nach dem Orte ſeines Domizils; für die Form der Eheſchließung genügt die Beobachtung der Norm des Ortes ihrer Vornahme. Das erſte Ehedomizil, d. h. das des Ehemannes nach der Eheſchließung, beſtimmt dauernd das eheliche Güterrecht der Gatten. Dies gilt auch im Falle ſpäterer Verlegung des Ehedomizils, denn es iſt nicht anzunehmen, daß die Normen des neuen Domizilortes dazu beſtimmt ſind, in bereits begründete eheliche Güterverhältniſſe einzugreifen.[13] Dagegen richten ſich die perſönlichen Verhältniſſe der Ehegatten nach ihrem jeweiligen Ehedomizil, denn in dieſer Hinſicht iſt das Ortsrecht ſchlechthin zwingend; nach demſelben beſtimmt ſich auch ihr Eheſcheidungsrecht.[14]

d) Die neuere gemeinrechtliche Wiſſenſchaft und Praxis nimmt an, daß ſich das Erbrecht nach dem letzten Domizile des Erblaſſers richtet.[15] Dies gilt unter anderem für die Frage, welches geſetzliche Erbrecht eintritt, ſowie für Beſtehen und Umfang der Pflichtteilsrechte[16] von Blutsverwandten und von Ehegatten, nicht minder für die Fähigkeit zum Erwerb der Erbſchaft,[17] die Weiſe ihres Erwerbes, die Geltung von Erbverzichten. Für die Form des Teſtamentes genügt die des Errichtungsortes.

§ 47. Ortsrecht der belegenen Sache.

1. Seit alter Zeit gilt, daß ſich Rechte an Grundſtücken — Immobilien — nach dem Rechte des Ortes beſtimmen, wo ſie liegen.

13) Die Frage iſt eine ſehr beſtrittene, vgl. Teichmann, Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts, Baſel 1879, Silberſchmidt, eheliches Güterrecht und Erbrecht in Böhms Zeitſchrift, Bd. 3 S. 132. Wenn man früher die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts durch die Unterſtellung eines ſtillſchweigenden Vertrages der Nupturienten zu begründen ſuchte, ſich dem Rechte des erſten Ehedomizils zu unterwerfen, ſo war dieſe Stütze freilich eine ſehr gebrechliche. Es bedarf aber auch dieſer Stütze nicht. Die Frage iſt derzeit für die Praxis erledigt durch R.G. Bd. 6 S. 223, R.G. Bd. 12 S. 389, Seuff. A. Bd. 43 S. 196, wonach auch entgegenſtehender partikularer Gerichtsgebrauch nicht berückſichtigt wird. Einf.Geſ. z. B.G.B. Art. 15 läßt „das eheliche Güterrecht nach den deutſchen Geſetzen beurteilen, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheſchließung ein Deutſcher war.“ Bürg. R. Bd. 1 § 37 Ziff. 4, Anm. 8, 9 S. 99.

14) Vgl. R.G. Bd. 9 S. 192, Bd. 16 S. 138, Seuff. A. Bd. 47 n. 259. Da dasſelbe vom Ehemann beſtimmt wird, ſo kann die Ehefrau hierdurch benachteiligt werden. Nach Einf.Geſ. z. B.G.B. Art. 17 iſt für die Eheſcheidung das Recht des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

15) Hierfür war namentlich die Ausführung Savignys a. a. O. S. 295 ff. von Gewicht. Nach Einf.Geſ. z. B.G.B. Art. 24 wird ein Deutſcher, auch wenn er ſeinen Wohnſitz im Ausland hatte, nach den deutſchen Geſetzen beerbt.

16) R.G. Bd. 8 S. 146.

17) R.G. Bd. 25 S. 242.

Nach diesem Rechte richtet sich beispielsweise Entstehung und Umfang der Eigentumsrechte, von Nachbarrechten, von dinglichen Rechten an Grundstücken, z. B. von Wegerechten, Jagdrechten, Pfandrechten. Das Ortsrecht der belegenen Sache gilt aber auch ausschließlich für die Formen der Veräußerung und der dinglichen Belastung von Grundstücken. Nach ihm entscheidet sich z. B., ob der Eigentumsübergang des Grundstückes durch Tradition, wie nach gemeinem Rechte, oder durch Erklärung beim Grundbuchrichter — Auflassung —, wie nach preußischem Rechte, oder etwa durch einfachen Vertrag, wie nach französischem Rechte, vollzogen wird.

Die Frage jedoch, ob jemand die persönliche Fähigkeit hat, Grundstücke zu erwerben oder zu veräußern, ist, soweit es sich um die allgemeinen Grundsätze des Personenrechtes handelt, nach den Personalstatuten des Beteiligten zu beantworten.[1] Will z. B. ein einundzwanzigjähriger Österreicher sein in Deutschland belegenes Grundstück veräußern, so bedarf er der Zustimmung seines Vormundes. Denn er ist als Österreicher minderjährig und bevormundet bis zum vierundzwanzigsten Jahre, und es kommt ihm nicht zu gute, daß er mit dem einundzwanzigsten Jahre großjährig würde, wenn er ein Deutscher wäre. Dagegen sind die Immobiliarstatuten maßgebend, soweit sie die Fähigkeit zum Erwerb und zur Veräußerung von Grundstücken von besonderen Erfordernissen abhängig machen. Es bestimmt sich z. B. die Fähigkeit einer ausländischen juristischen Person, Grundeigentum in Preußen zu erwerben, nach dem Ortsrechte der belegenen Sache.

Die ältere Theorie ging überwiegend davon aus, daß sich zwar das Mobiliarvermögen nach dem letzten Domizil des Erblassers, das Immobiliarvermögen aber nach dem Ortsrechte der belegenen Sache vererbe. Die neuere Theorie und Praxis hat diese Auffassung verlassen. Denn man succediert in die Erbschaft als in eine Einheit; eine Zerreißung der Erbsuccession nach den Bestandteilen des Nachlasses widerspricht der Idee des Erbrechtes und ist unzweckmäßig. Wenn jedoch die Grundstücke nach dem Rechte ihres Ortes einem besonderen Erbrechte unterliegen als Lehen, Fideikommisse, Stammgüter, Bauerngüter, so ist dieses Ortsrecht maßgebend.

2. Ältere Theorien wollen die Mobilien nach dem Ortsrechte des Domiziles ihres Besitzers beurteilen. Man drückte dies aus durch den Satz „mobilia ossibus inhaerent“.

---

1) Vgl. Savigny S. 181 ff. Abweichend z. B. Stobbe § 32 Anm. 5. Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 26 S. 227.

Die jetzt herrschende Ansicht ist, daß sich Rechtsverhältnisse, welche Mobilien unmittelbar zum Gegenstande haben, nach dem Rechte des Ortes bestimmen, *an dem sie sich befinden*.[2] Verändern sie jedoch bestimmungsgemäß regelmäßig den Ort, z. B. Flußfrachtschiffe, so ist das Domizil ihres Besitzers maßgebend.

§ 48. Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte.

1. Alten Rechtens ist die Regel locus regit actum, d. h. die *Formen*, welche für ein Geschäft am *Orte seiner Errichtung* erfordert sind, reichen für dasselbe aus, auch wenn es an einem anderen Orte wirksam werden soll.[1] Dies gilt für Geschäfte unter Lebenden, z. B. für Schenkungen, Eheschließungen, wie für Geschäfte von Todes wegen, insbesondere für Testamente. Es genügen aber auch die Formen des Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist.[2]

2. Sehr streitig ist, welchem Ortsrecht *Vertragsobligationen*, abgesehen von der Form des Vertragsschlusses, unterstehen?

Obligationen sind weniger als irgend ein anderes Rechtsverhältnis an ein bestimmtes Territorium gebunden, ihm von Natur zugehörig — denn es handelt sich um Leistungen, welche nicht selten unbeschadet ihres Wesens an ganz verschiedenen Orten erfüllt werden können.

Daher läßt man, wenn verschiedene Ortsrechte in Frage kommen, zunächst den Vertrag entscheiden. Die Obligation unterliegt also in *erster* Linie demjenigen Ortsrechte, dessen Anwendung die *Kontrahenten wollten* oder als selbstverständlich anwendbar bei dem Geschäftsschlusse voraussetzten.[3]

---

2) So Wächter a. a. O. Bd. 25 S. 385 ff., Savigny S. 171 ff., R.G. Bd. 8 S. 113, Bd. 11 S. 55. Vgl. Donle im Archiv f. öff. Recht Bd. 8 S. 249, 513. Vgl. auch Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 11 Abs. 2.

1) So schon Bartolus ad Cod. de summa trinitate n. 14. Vgl. Mankiewicz über den Satz „locus regit actum", Bresl. Inaug.Diss. 1891, Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 143. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 11 Abs. 1, Bürg. R. Bd. 1 § 39 S. 101.

2) R.G. Bd. 1 S. 322. Für die Übereignung oder dingliche Belastung von Sachen müssen die Formen des Orts der belegenen Sache eingehalten werden. S. oben § 47.

3) R.G. Bd. 24 S. 113 und dort angef. Entsch., R.G. Bd. 44 S. 301, R.O.H.G. Bd. 12 S. 55. Savigny S. 110 erkennt den Einfluß freiwilliger Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht in sehr ausgedehntem Maße an. Da der Wohnsitz, nach welchem sich das gesamte persönliche Recht richte, durch völlig freie Wahl eines jeden bestimmt werde, so könne auch für einzelne Rechtsverhältnisse die freie Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht keinem Zweifel unterliegen. Diese Begründung ist nicht unbedenklich. Für Regelsberger Bd. 1 § 40 Anm. 13 ist daher die Beachtung des Parteiwillens bei Bestimmung des maßgebenden Rechts nichts als ein „falscher", auch in gerichtlichen Erkenntnissen viel spukender Gedanke. In der

In Ermangelung eines besonderen Willens der Kontrahenten ist unter den räumlichen Beziehungen der Obligation die objektiv erheblichste aufzusuchen. Dies ist nicht, wie viele annehmen, der Entstehungsort der Obligation. Denn dieser Ort kann ganz zufällig, ja den Parteien unbekannt sein, z. B. auf einer Vergnügungsreise im Eisenbahnwagen. Ebenso wenig ist, wie andere meinen, der Wohnsitz des Schuldners oder gar des Gläubigers entscheidend. Er unterliegt beliebigem Wechsel und ist an sich für die Obligation gleichgültig. Eine nicht bloß äußerliche, sondern der Obligation immanente räumliche Beziehung liegt dagegen im Erfüllungsorte, d. h. dem Orte, wo die Obligation kontraktmäßig zu erfüllen ist. Das Ortsrecht des Erfüllungsortes ist daher für die Kontraktsobligationen in zweiter Linie maßgebend.[4] [5]

Es kann übrigens dasselbe Schuldverhältnis nach verschiedenen Richtungen hin verschiedenen Ortsrechten unterliegen. Die Schwierigkeiten, welche hieraus erwachsen, zu lösen, ist Sache der Einsicht des Richters, welcher das Zweckmäßige als Intention seiner Rechtsordnung anzusehen hat.[6]

Unter welche Gesetze die Verjährung eines Forderungsrechtes fällt, ist vorzugsweise streitig. Manche wenden die Verjährungsgesetze

---

Tat handelt es sich aber um einen praktisch zweckmäßigen, ja kaum entbehrlichen, durch den Gerichtsgebrauch befestigten Rechtssatz.

4) Für den Erfüllungsort ist namentlich Savigny a. a. O. S. 205 eingetreten. Er stützt die Anwendung des Rechtes des Erfüllungsortes vorzugsweise auf die vermutete freiwillige Unterwerfung der Vertragschließenden unter dieses Recht. Hiergegen polemisiert Bekker, die Couponsprozesse. Seine Polemik ist zum Teil berechtigt, seine allgemeinen Erörterungen sind vielfach zutreffend, seine Ergebnisse aber, wonach der Erfüllungsort nur in beschränkter Weise berücksichtigt werden soll, sind unhaltbar. Mit sicherem juristischen Blick hat Savigny die Bedeutung des Erfüllungsortes für die Obligation erkannt. Sind die Deduktionen, mit denen er den Satz begründet, nicht ausreichend, so sind dieselben zu ergänzen, wie wir dies im Texte versucht haben; die Ansicht Savignys fällt nicht mit ihrer Begründung. — Die Reichsgerichte haben die subsidiäre Geltung des Rechtes des Erfüllungsortes anerkannt und dieselbe auch Bekker gegenüber aufrecht erhalten, R.O.H.G. Bd. 9 S. 7 ff., Bd. 23 S. 209, R.G. Bd. 6 S. 126, Bd. 14 S. 239. Das Einf.Ges. z. B.G.B. hat über die wichtige Frage absichtlich nichts bestimmt. Der 24. Juristentag hat sich für die subsidiäre Geltung des Rechts des Erfüllungsortes auch unter der Herrschaft des B.G.B. ausgesprochen, vgl. die Gutachten von Neumann und Seeler, sowie die Referate von Enneccerus und Mitteis.

5) Entsprechend bezüglich der Rechtsfolgen des Verlöbnisses, insbesondere im Falle seines Bruchs, R.G. Bd. 20 S. 334.

6) Klar ist es, daß der Umfang der Verpflichtung des Bürgen, namentlich die Frage, ob ihm die Einrede der Vorausklage zusteht, sich nach dem Orte richtet, wo er zu erfüllen hat, nicht nach demjenigen, an welchem der Hauptschuldner zu erfüllen hat, R.G. Bd. 9 S. 185, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 26 S. 234. Zweifel erregte vorzugsweise das unklare und unrichtige Dogma der Einheit der Obligation des Bürgen und Hauptschuldners, worüber das Nähere unten Bd. 2 § 76. — Über Zinsen vgl. R.O.H.G. Bd. 16 S. 15, R.G. Bd. 14 S. 131, Regelsberger Bd. 1 § 44 Anm. 6.

des Ortes der Klage an, dies führt aber zu unbilligen Resultaten, da der Ort, wo geklagt werden muß, oft von zufälligen Umständen abhängt. Auch ist die Grundlage dieser Ansicht nicht haltbar, daß nämlich die Verjährung ein prozessualisches Institut sei. Deshalb neigt sich die neuere Praxis dahin, daß für die Verjährung der Forderungsrechte das örtliche Recht maßgebend sei, welchem die Obligation überhaupt unterliegt.[7]

3. Nach dem Rechte des Ortes der Verübung einer schuldhaften Tat — eines Delikts — bestimmen sich deren zivilrechtliche Folgen.[8]

Zweiter Abschnitt.

Das Rechtssubjekt.

§ 49. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

1. Rechtsfähig oder Rechtssubjekt oder Person ist, wer Rechte haben kann,[1] [2] wer also eines selbständigen Anteiles an den Lebensgütern fähig ist.[3] Der Rechtsfähige ist in der Regel auch zu rechtlich anerkannten Handlungen fähig. Gleichwohl kann solche Handlungsfähigkeit rechtsfähigen Personen fehlen. Dies ist bei Kindern und Geisteskranken der Fall; beschränkte Handlungsfähigkeit haben Minderjährige und entmündigte Verschwender. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit heben sich daher scharf voneinander ab.

---

7) R.G. Bd. 9 S. 226. Über die Literatur der Frage vgl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880 S. 195 ff.

8) R.G. Bd. 7 S. 378. Seuff. A. Bd. 47 n. 3 (R.G.), Regelsberger Bd. 1 § 44 Anm. 10. Vgl. auch Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 12. Bei einem durch einen Brief verübten Delikt ist nicht der Ort der Aufgabe, sondern der Ankunft maßgebend, R.G. Bd. 19 S. 382, vgl. aber auch R.G. Bd. 23 S. 305.

1) Unter persona verstehen die Römer sehr oft Menschen als solche, also auch Sklaven, l. 86 § 2 D. de legatis I, l. 215 D. de V. S. 50, 16. Aber in einem spezielleren Sinne dient der Ausdruck zur Bezeichnung des rechtsfähigen Menschen, l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1. Daher sagt Theodos. II. Nov. XVII 1 § 3 „servos quasi nec personam habentes", und Theophilus zum pr. J. de stip. serv. 3, 17 nennt die Sklaven ἀπρόσωποι. Was außer dem Menschen Rechtsfähigkeit hat, von dem sagt l. 22 D. de fidejussoribus cit. „personae vice fungitur".

2) Status ist die einem bestimmten Menschen oder einer bestimmten Personenklasse zukommende Rechtsstellung, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 96.

3) oben § 39.

2. Handlungsfähig ist, wessen Wollen und Wissen rechtlich beachtet wird. Man unterscheidet Geschäftsfähigkeit, d. h. Fähigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften,[4] und Deliktsfähigkeit, d. h. Zurechnungsfähigkeit im Falle der Vornahme verbotener Handlungen.

Rechtsfähigkeit sowie Handlungsfähigkeit werden durch zwingende Rechtsnormen geregelt. Man kann sich daher durch Privatübereinkunft seiner Handlungsfähigkeit nicht ganz oder teilweise begeben. Es ist namentlich rechtlich wirkungslos, wenn man sich freiwillig unter eine Vormundschaft stellt.[5]

3. Es gibt zwei Kategorien von Rechtssubjekten. Die eine bilden die physischen Personen — meist die natürlichen genannt — d. h. die Menschen; die andere die juristischen Personen, d. h. soziale Organisationen mit selbständiger Rechtsfähigkeit.[6]

4. Sind subjektlose Rechte möglich? Hierüber streitet man lebhaft.[7] Häufig gebühren Rechte nicht den gegenwärtigen Personen, werden vielmehr künftigen vorbehalten, z. B. einem Embryo oder auch — was besonders durch Vermächtnisse möglich ist — einem künftig zu Konzipierenden, der vielleicht erst in ferner Zukunft erscheinen kann. In

4) B.G.B. behandelt die Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 ff.

5) R.G. Bd. 4 S. 162.

6) Bekker in Iherings Jahrbuch Bd. 2 n. 1 zur Lehre vom Rechtssubjekt verhält sich kritisch zum Begriff des Rechtssubjektes und will sich mit den Begriffen „Genießer" und „Verfüger" genügen lassen. Wo ein Genießer und ein Verfüger da sei, gewährt Bekker Klagerechte. Genießer können nach ihm auch Sachen sein, insbesondere Tiere, falls etwas für sie testamentarisch ausgesetzt und außerdem ein Verfüger bestellt ist. So will Bekker Klagen zulassen „im Namen" von Hunden und Pferden, von Mauern und Türmen. Ihn schreckt nicht, daß der Richter, der namens des Hühnerhundes Tiras und der englischen Stute Bellona die ersten Klagen in die Hand bekäme, verwundert dreinschauen würde. — Mit Recht bemerkt Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 77 ff. gegen Bekker, daß nicht der tatsächliche Genießer klageberechtigt sein kann, sondern nur, wem zu genießen zusteht, wer also Subjekt des betreffenden Genußrechtes ist. So kommt man notwendig auf das Rechtssubjekt zurück. Der Kern der Lehre Bekkers wäre hiernach, wenn er sich auch selbst hiergegen verwahrt, daß man durch private Verfügungen beliebige Dinge zu Rechtssubjekten machen könne. Dies ist aber unrichtig. Die Rechtsfähigkeit ist juris publici. Sie steht nur bestimmten Kategorien zu, die das Recht anerkennt. Hunden und Pferden, Mauern und Türmen ist sie vom Rechte nicht zugestanden. Vgl. Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte S. 77, Bernatzik im Archiv f. öff. Recht Bd. 5 S. 256. — Bekker hat Pand. Bd. 1 S. 59 seine frühere Ausführung wesentlich begrenzt. Ich belasse jedoch der Anmerkung ihre alte Fassung, weil ich dies zur Klärung der Begriffe für zweckmäßig erachte.

7) Windscheid Bd. 1 § 49 Anm. 3 bejaht die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subjekt. Dagegen hält Ihering, Jahrbuch Bd. 10 S. 390 den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existieren, für eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten, so unbestreitbar, daß er eine besondere Widerlegung nicht nötig findet. Es möchte denn auch aller Feinheit und Kunst Windscheids nicht gelungen sein, begrifflich das subjektlose Recht zu begründen. Vgl. auch Zitelmann, juristische Personen S. 33, Bekker Bd. 1 S. 58, Kipp bei Windscheid a. a. O.

solchen Fällen kann man mit einem gewissen Anschein sagen, die Rechte sind subjektlos, weil sie sich nicht an gegenwärtige Existenzen knüpfen. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um eine bloße Negation, sondern um die Beziehung des Rechtes zu einer künftigen erhofften Person. Diese allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubjekt. Die Römer suchen in Fällen dieser Art möglichst durch Fiktion eine gegenwärtige konkrete Person zu bilden, auf welche sie das Recht beziehen. Insbesondere betrachten sie den Embryo, soweit ihm Rechte zugeschrieben werden, wie eine bereits bestehende Person.

Erstes Kapitel.

Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 50. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt durch seinen Tod.

1. Rechtsfähig ist die menschliche Geburt, wenn sie lebendig, lebensfähig und in menschlicher Gestalt zur Welt kommt.

a) Notwendig ist selbständiges Leben, d. h. Atmen nach Vollendung der Geburt, d. h. nach der vollständigen Trennung von der Mutter.[1] Das Geborene ist rechtsfähig, auch wenn es während des Geburtsaktes verstümmelt wurde, sofern es noch nach demselben lebte.[2] Manche römischen Juristen forderten, daß das Kind nach der Geburt geschrieen habe, indem sie naiverweise das regelmäßig erste Lebenszeichen als notwendiges Zeichen des Lebens erachteten. Die Sabinianer bekämpften jedoch diese Auffassung, die auch Justinian verwarf.

Das Strafrecht schützt das Kind schon dann als Menschen, wenn dasselbe auch nur teilweise aus dem Schoß der Mutter lebend hervorgetreten ist. Denn es ist Kindesmord, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt

1) l. 3 § 1 C. de postumis 6, 29 . . . si vivus perfecte natus est. B.G.B. § 1. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 196, Ortloff, Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit 1890. Bewegungen des Neugeborenen, welches nicht atmete, sind Fortwirkungen des Mutterblutes, keine Manifestationen selbständigen Lebens.

2) l. 12 § 1 D. de liberis et postumis 28, 2.

tötet. Im Sinne des Strafrechtes ist es auch nicht notwendig, daß das Kind bereits außerhalb des Mutterleibes atmete; es genügt, daß es bei seinem Hervortreten lebte.[3]

b) Auch daß das Kind vital oder lebensfähig sei — partus perfectus — d. h. mindestens notdürftig ausgetragen, forderten die römischen Juristen und verstanden darunter, daß es sich wenigstens 6 Monate im Mutterleibe befand. Sonst kam nur ein Abortus zur Welt, welcher nicht als eine Person galt, wenn er auch nach der Trennung von der Mutter kurze Zeit lebte.[4]

In dem Sinne lebensfähig braucht aber das Kind keinesfalls zu sein, daß es mit einer zu längerem Leben befähigenden körperlichen Organisation ausgestattet ist.

---

3) Strafgesetzbuch § 217, R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 446.

4) Früher forderte die herrschende Ansicht Vitalität nach dem im Texte dargelegten Begriffe. Diese Ansicht bekämpfte Savigny Bd. 2 S. 385 Beilage III; er fand so allgemeine Zustimmung, daß manchen die Streitfrage als erledigt galt. Aber Wächter trat wieder in gewissem Maße für die ältere Ansicht ein in den Leipziger Programmen de partu vivo non vitali progr. I—V Lipsiae 1863—1866, von denen Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 n. 1 einen Auszug gibt. Seitdem haben sich viele für Wächter erklärt. Es handelt sich um zwei Fragen: a) Ist eine unreife Geburt, die einen Augenblick lebte, Rechtssubjekt gewesen? Dies bejaht Savigny und verneint Wächter. Es kommt hierbei vorzugsweise auf die Auslegung der l. 2 C. de postumis 6, 29, einem Reskript von Diokletian und Maximian an: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit. non restitui rumptum juris evidentissimi est. vgl. § 1 J. de exhered. lib. 2, 13. Savigny versteht unter abortus eine totgeborene Frühgeburt, Wächter aber mit Recht jede Frühgeburt, mag sie lebendig oder tot zur Welt kommen. Dies entspricht dem römischen Sprachgebrauch, vgl. auch Gellius noctes atticae lib. 3 cap. 16. Nur bei dieser Auffassung hat das Reskript einen befriedigenden Sinn, denn wenn das Kind totgeboren wäre, so käme es darauf nicht an, ob es Abortus war oder nicht. Es wäre schon um deswillen kein Rechtssubjekt, vgl. l. 129 D. de V. S. 50, 16. b) Es fragt sich weiter, ob, wie die ältere Ansicht, annahm, die Geburt als unreif oder nicht lebensfähig oder Abortus anzusehen ist, welche nicht 6 Monate im Mutterleibe ausgetragen war. Auch dies entspricht den Quellen. In l. 12 D. de statu hominum 1, 5 berichtet Paulus libro 19 responsorum: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Dies heißt gewiß nicht: mit dem 7. Monate kommt ein „lebendiges" Kind zur Welt, wie Savigny erklärt, sondern, wie Wächter annimmt, ein „lebensfähiges" oder „reifes" Kind. Also ist zu schließen, ein früher geborenes ist Abort, wenn es auch kurze Zeit lebte. Dieser Schluß wird sehr unterstützt durch die Ausführung von Paulus sent. IV 9 § 1 und § 5, wonach der Mutter beim jus liberorum nur zugerechnet wird ein Kind „pleni temporis", „septimo mense natus". Savigny S. 208 führt aus, es liege kein Grund vor, anzunehmen, daß, was hiernach für die Begünstigung der Mutter galt, auch für die Rechtsfähigkeit des Kindes gegolten habe. Dies ist aber allerdings der Fall. Denn wenn das Geborene Rechtssubjekt war, so wäre nicht zu begreifen, warum es nicht wie andere verstorbene Kinder der Mutter angerechnet werden sollte. Die Anrechnung zu Gunsten der Mutter geschah sogar leichter als die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt. Vgl. l. 135 D. de V. S. 50, 16. Gegen Wächter s. Bekker Bd. 1 S. 157. Aber der Schlußsatz der l. 3 C. h. t. spricht nicht, wie er annimmt, für ihn, wenn man den mit „sancimus" beginnenden Satz zusammenhält. Vgl. noch Bätschi, Vitalität, Züricher Inauguraldiss. 1887, Nitschke, Vitalität, Erlang. Inauguraldiss. 1892, Regelsberger Bd. 1 § 58 Anm. 14, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 41 S. 359. B.G.B. kennt das Erfordernis der Lebensfähigkeit nicht.

c) Mißgeburten, welche nicht das Wesen des Menschen haben, sind keine Rechtssubjekte. Mißbildete Menschen dagegen sind rechtsfähig; Glieder zu viel oder zu wenig kommen daher für die Frage der Rechtsfähigkeit nicht in Betracht.[5] [6]

2. Verstirbt das Kind unmittelbar nach seiner Geburt, so hebt dies die rechtlichen Veränderungen nicht auf, welche sich an seinen Eintritt in die Reihe der Rechtssubjekte knüpften. Hat z. B. eine beim Tode ihres Mannes schwangere Witwe ein Kind geboren, welches mit seiner Geburt Erbe seines Vaters wurde, kurze Zeit nachher aber verstirbt, so wird dessen Erbschaft eröffnet, in welcher sich der Nachlaß seines Vaters befindet. Demzufolge gelangt das väterliche Vermögen oft an andere Personen, als bei einer neuen Berufung in dasselbe der Fall sein würde. Es wird namentlich die Mutter meist Erbin ihres Kindes werden, während sie nicht oder nicht in gleichem Maße Erbin ihres Mannes geworden wäre.[7]

3. Da die Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, der Embryo im Mutterleibe — die Leibesfrucht — also bloß als Teil der Mutter gilt, so scheint es folgerecht, ihn vor seiner Geburt noch nicht zu berücksichtigen.[8]

Dies wäre aber hart und unnatürlich. Daher haben schon die 12 Tafeln dem Embryo einen Anteil an der väterlichen Erbschaft vorbehalten, wenn diese sich während seiner Existenz im Mutterleibe eröffnete.[9] Ferner gilt der Embryo den Römern als verwandt mit Blutsverwandten, die starben, während er im Mutterleibe war, trotzdem sonst der römische Begriff der Blutsverwandtschaft gleichzeitiges Leben voraussetzt.[10] Es kann auch dem Embryo ein Kurator ernannt werden.[11] Er

---

5) l. 14 D. de statu hominum 1, 5 Paulus libro 4 sententiarum: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Vgl. l. 38 D. de V. S. 50, 16. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 204. Vgl. Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 283 und die dort angeführten medizinischen Gutachten. B.G.B. enthält keine Bestimmungen über Mißgeburten.

6) Zusammengewachsene Zwillinge bilden zwei Personen. Beide sind rechtsfähig und handlungsfähig. Tatsächlich aber ist die Ausübung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten an die Mitwirkung des Zwillings gebunden.

7) l. 2, l. 3 in fine C. de postumis 6, 29.

8) l. 9 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 Papinianus libro 19 quaestionum ... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. l. 1 § 1 D. de inspiciendo ventre 25, 4 .. partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

9) l. 3 § 9, l. 6, l. 7 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 D. si pars hereditatis 5, 4, vgl. Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 196 ff.

10) l. 3 D. de bon. poss. 37, 11.

11) Vgl. B.G.B. § 1912.

hat wie private, so auch öffentliche Rechte.[12] Um dies zu erklären, fingierten die römischen Juristen, daß der Embryo bereits Mensch sei. Die Neueren drücken dies durch den Spruch aus „nasciturus pro jam nato habetur.“[13]

Doch diese Fiktion ist durch den Zweck beschränkt, welcher sie hervorrief. Sie gilt daher nur für den Fall, daß der Embryo später Rechtssubjekt wird, und begründet für Dritte, z. B. die Mutter des Embryos, keine Rechte, wenn derselbe als tot oder Abort zur Welt kommt.[14]

4. Das Leben oder den Tod eines Menschen, beziehungsweise Leben oder Tod zu einer bestimmten Zeit hat zu erweisen, wer hierauf Rechte stützt.[15] Namentlich ist dies der Fall, wenn davon, ob die eine von zwei Personen früher geboren oder gestorben ist, als die andere, Rechte abhängig sind.

Sind zwei Personen verstorben, ohne daß sich feststellen läßt, welche von beiden die andere überlebt hat, so steht hiernach das Verhältnis so, als wären beide gleichzeitig verstorben. Keiner gilt also als zur Erbschaft des anderen berufen.[16]

In der römischen Gerichtspraxis stellten sich jedoch bei Versterben mehrerer in einer Gefahr, z. B. Schiffbruch, Kriegsgefahr, — s. g. Kommorienten — Vermutungen bezüglich des Überlebens fest, wenn dasselbe nicht zu ermitteln war. Sind nämlich Eltern mit unmündigen Kindern in einer Gefahr umgekommen, so gelten als überlebend die Eltern, sind aber Eltern und mündige Kinder in gemeinsamer

12) Andere hierher gehörige Sätze führt auf l. 26 D. de statu hominum 1, 5. In Zusammenhang steht auch der Satz, daß sich der Stand ehelicher Kinder nach dem des Vaters zur Zeit der Konzeption richtet. l. 7 § 1 D. de senat. 1, 9. Der Stand unehelicher Kinder richtet sich nach dem der Mutter zur Zeit der Geburt. Sie haben im Rechtssinne keinen Vater, keine Konzeption. Das B.G.B. §§ 1616, 1706 bestimmt nichts über den Stand als dem öffentlichen Rechte zugehörig.

13) l. 26 D. de statu hominum 1, 5 Julianus libro 69 Digestorum. Es ist dies eine dogmatische Fiktion, nicht anders wie der Satz hereditas personam defuncti sustinet d. h. der Erblasser gilt als noch fortexistierend, solange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist. Daß man übrigens die Fiktion nicht bloß zum Zwecke der Annahme der Persönlichkeit des Embryos schuf, sondern auch für die Verhältnisse von Sklavenkindern verwertete, geht aus der l. 26 cit. hervor. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 446, siehe auch Goeppert, org. Erzeugnisse S. 172.

14) l. 231 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro singulari ad. S. C. Tertullianum, Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est. cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus.

15) Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 278. Über Leben und Tod eines Menschen kann ein Eid nach C.P.O. § 445 zugeschoben werden, sofern behauptet wird, daß der Delat diese Tatsache wahrgenommen hat oder hätte wahrnehmen können. Hierüber und über einen etwaigen Überzeugungseid vgl. RG. Bd. 8 S. 173.

16) l. 8, l. 9 § 3, l. 16, l. 17, l. 18 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 32 § 14 D. de don. int. vir. et uxorem 24, 1, l. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. B.G.B. § 20.

Gefahr verstorben, die Kinder.[17] Die Gefahr muß dieselbe sein. Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind gleichzeitig an Entkräftung, so ist die Vermutung unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene.[18] [19]

5. Die Frage der Existenz und die Familienstellung eines Menschen hat für das öffentliche und private Recht Bedeutung. Deshalb bildete sich die öffentliche Beurkundung der Eheschließungen, der Geburtsfälle und Sterbefälle aus. Bis in die neueste Zeit geschah sie in Anlehnung an das Tridentiner Konzil[20] durch die seitens der Geistlichen geführten Kirchenbücher. Nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 ist sie ausschließlich Staatssache und erfolgt durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die von ihnen geführten Bücher. Die Standesregister erbringen zwar vollen Beweis, aber den Beteiligten steht der Nachweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit derselben offen.[21]

6. In Rom endete die Persönlichkeit nicht bloß durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio. Dieselbe war maxima, wenn sie auf dem Verlust der Freiheit, media, wenn sie auf dem Verlust des Bürgerrechtes, minima, wenn sie auf dem Verlust der bisherigen Familienstellung beruhte.[22]

Die bisherige Persönlichkeit des Deminuierten galt für das Privatrecht als vernichtet. Aber im Fall der capitis deminutio media er-

17) l. 9 § 4, l. 22, l. 23 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 26 pr. D. de pactis dotalibus 23, 4. B.G.B. § 20, dessen Fassung übrigens nur durch die Rücksicht auf das ältere Recht verständlich wird, regelt das Verhältnis anders. — Die Vermutung tritt nicht ein, wenn ihr Ergebnis zu einer Regelung der Nachlaßverhältnisse führen würde, welche der vermutlichen Willensmeinung ihres Erblassers widerspräche. Wenn daher der Testator die Herausgabe seiner Erbschaft an einen Dritten für den Fall anordnet, daß sein Erbe ohne Kinder versterben werde, und dieser Erbe mit seinem mündigem Sohne in einer Gefahr umkam, ohne daß zu ermitteln ist, wer den anderen überlebte, so gilt der Erbe als ohne Nachkommen verstorben, l. 18 § 7 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1; vgl. auch B.G.B. § 2107.

18) Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 412 will die Präsumtion zu Gunsten der Mündigen auch zur Anwendung bringen, wenn es sich nicht um Aszendenten und Deszendenten handelt, also stets, wenn Mündige und Unmündige in einer Gefahr versterben. Dies ist willkürlich und hat keinen Anklang gefunden. Die Vermutung verwirft für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber Seuff. A. Bd. 10 n. 176.

19) Arndts § 27 Anm. 1 sieht davon ab, daß die mehreren in einer Gefahr sterben. Die von ihm angeführte l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 beweist aber nichts für ihn.

20) conc. Trid. sess. 24 cap. 1 u. 2.

21) Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 50 S. 126.

22) l. 11 D. de cap. min. 4, 5. — Gaj. Inst. I § 161; l. 51, l. 56 D. de usufructu 7, 1. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 235, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 172. Andere Ansichten vertreten Savigny Bd. 2 S. 60 ff., Cohn, Beiträge Bd. 1 Heft 2 S. 44.

hielt er eine neue Persönlichkeit, wenn auch schlechterer Art als bisher; und bei der minima gewann er häufig sogar eine vorteilhaftere Rechtsstellung, als er vordem besaß. Insbesondere gilt dies im Fall der Emanzipation.

Manche leugnen, daß die capitis deminutio in allen Fällen Vernichtung der Persönlichkeit sei. Sie halten dies für unvereinbar damit, daß der Deminuierte bei media und minima Person bleibt. Und doch ist es eine naturwüchsige Auffassung, daß ein Mensch, welcher in neuer Familienstellung mit neuem Namen auftritt, als ein anderer gilt als der frühere. Dem gemeinen Rechte ist capitis deminutio fremd. Verlust der Freiheit findet sich nicht; Verlust des Bürgerrechtes berührt die Privatrechte nicht mehr; die capitis deminutio minima war schon im jüngsten römischen Rechte im Absterben und wurde nie rezipiert.

§ 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung.[1]

In Rom bestanden keine gesetzlichen Vermutungen über die Dauer des Lebens oder den Tod eines Menschen, von dem man keine Kunde hatte. Ohne Zweifel half man sich mit Wahrscheinlichkeiten je nach Lage des Einzelfalls: die freie Beweiswürdigung, wie sie in Rom nicht bloß theoretisch anerkannt, sondern auch praktisch geübt wurde,[2] machte allgemeine gesetzliche Präsumtionen entbehrlich. Erst im gemeinen Rechte wurden solche infolge seiner strengen Anforderungen an den Beweis notwendig.

I. Eine Vermutung für die Fortdauer des Menschenlebens — s. g. Lebenspräsumtion — stellten die Glossatoren auf; und zwar setzten sie — freilich im Widerspruch mit der Erfahrung — das vermutlich erlebte Alter auf 100 Jahre;[3] seit dem 17. Jahrhundert verkürzte man die Zeit auf 70 Jahre, gestützt auf den 90. Psalm.[4]

Doch die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gab überwiegend die Lebenspräsumtion auf, soweit es sich um den Anfall von Erbschaften oder sonstigen Erwerb für einen Verschollenen handelt. Was

1) Eine mustergültige Bearbeitung dieser Lehren ist Bruns, Verschollenheit in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 5, kleine Schriften Bd. 1 n. 3, dazu Riesenfeld, Verschollenheit 1891, vgl. auch Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 144.

2) Reichte doch je nach Umständen aus, wenn „consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem.“ Vgl. Bruns a. a. O. S. 92 ff.

3) Glosse liquerit zu l. 2 § 4 testam. quemadmodum aperiantur 29, 3: nonne quilibet praesumitur vivere etiam usque ad centum annos, nisi probetur mortuus? vgl. l. 56 D. de usufr. 7, 1. Wann die „fama“ zum Beweis des Todes genüge, erörtert bereits die Glosse und weiter Bartolus zur l. 2 § 4 cit.

4) Zuerst nahm Menochius de probat. II. 8 — geb. 1532 in Pavia, gest. 1607 — auf den 90. Psalm Bezug, Bruns a. a. O. S. 125. Wie dies dann für die Praxis maßgebend wurde, siehe bei Bruns S. 148 ff.

er aber während seines nachweisbaren Lebens erworben hat, galt zweifellos noch als das Seine und wurde ihm erhalten.[5] Manche Partikularrechte hielten die Lebensvermutung fest. Sie ist in das Reichsrecht übergegangen. B.G.B. § 19.

II. Die Vermutung des Todes wird durch gerichtliche Todeserklärung infolge langdauernder Verschollenheit begründet.

1. Verschollen sind Menschen, von deren Leben oder Tod in ihrem letzten Wohnsitze ungewöhnlich lange Zeit keine Kunde einlief.

2. Die Behandlung der Verschollenheit in Deutschland war in älterer Zeit überwiegend die, daß die nächsten Erben des Verschollenen auf Antrag in dessen Habe eingewiesen wurden, vorerst gegen Sicherstellung für den Fall seiner Rückkehr. Verfloß dann eine gewisse Zeit, ohne daß man Kunde von seinem Leben erhielt, so erklärte man den Verschollenen gerichtlich für tot und erließ die Sicherheit. Den Nachlaß erhielt nach diesem System, wer zur Zeit der Einweisung — successio ex tunc — und nicht wer zur Zeit der Todeserklärung nächster Erbe war — successio ex nunc.

Infolge des Einflusses des römischen Rechtes behandelte man später das Verhältnis der eingewiesenen Erben nur als anomale Vormundschaft.[6] Gemeinrechtlich tritt bis zur Todeserklärung nur die gewöhnliche Kuratel über Abwesende ein.[7]

3. Dauernde Verschollenheit berechtigt zum Antrag auf gerichtliche Todeserklärung des Verschollenen.

Hinsichtlich der Dauer der Verschollenheit entwickelten sich in Deutschland zwei Systeme.

a) Nach dem s. g. sächsischen Systeme war der Antrag begründet, wenn der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet hätte.[8] Dies galt vielen als gemeinrechtlich,[9] jedoch ohne durchschlagende Gründe.

---

5) Der Angriff von Cropp, insbesondere in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2 n. 5, hat entschiedenen Einfluß auf die Praxis gehabt, vgl. die Ausführungen von Bruns a. a. O. S. 195 und bei Roth deutsches Privatrecht Bd. 1 § 61 S. 367, Bekker Bd. 1 S. 164, Seuffert Archiv Bd. 15 n. 200, R.G. Bd. 25 S. 143, Entsch. des obersten L.G.'s für Bayern Bd. 13 S. 56. Die Lebenspräsumtion halten jedoch fest Bruns a. a. O. S. 193, Stobbe § 38 Anm. 22, Windscheid § 53 Anm. 2, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 369.

6) Bruns a. a. O. S. 133, Stobbe Bd. 1 § 38.

7) Ebenso B.G.B. § 1911. So auch schon früher nach Landesrechten, namentlich nach preußischem Rechte.

8) Tritt die Verschollenheit nach dem 70. Lebensjahre ein, so erfolgte die Todeserklärung, wenn längere Zeit keine Kunde von dem verschollenen Greise einlief; über eine feste Zeitgrenze ist man nicht einig geworden.

b) Nach dem s. g. schlesischen Systeme mußte die Verjährungszeit seit der letzten Kunde abgelaufen sein.[10] Und zwar forderte man ursprünglich 30 Jahre. Das deutsche Recht begnügte sich mit 10 Jahren von der letzten Kunde und, wenn der Verschollene minderjährig war, von seiner Volljährigkeit an. Dies ist jetzt Reichsrecht.[11]

4. Zum Antrage auf Todeserklärung ist der gesetzliche Vertreter und sind die Interessenten befugt, insbesondere Blutsverwandte, der Ehegatte des Verstorbenen, sein Vertrags-, Testaments- oder Intestat-Erbe, der Fiskus.[12]

Das Gericht ist nicht auf die Angaben des Antragstellers beschränkt, es hat vielmehr auch von Amts wegen den Tatbestand zu ermitteln. Namentlich erläßt es Ediktalien d. h. eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen sowie an Dritte, die von dessen Leben oder Tod Kunde haben, dem Gerichte Nachricht zu geben.

5. Die Todeserklärung wirkt nicht bloß zu Gunsten der Partei, welche sie betrieben hat. Sie stellt den Tod für oder gegen alle fest. Hätte z. B. der nächste Intestaterbe die Todeserklärung ausschließlich betrieben und erwirkt, es fände sich aber nachher ein Testament, so würde der Testamentserbe befugt sein, die Erbschaft für sich in Anspruch zu nehmen.

Die Todeserklärung greift wie in die Vermögensverhältnisse so auch in die Familienstellung des Verschollenen[13] ein.

6. Streitfrage war beim sächsischen Systeme, ob der Verschollene als tot gelte vom Augenblicke der Rechtskraft der Todeserklärung oder rückwärts hin von der Vollendung des 70. Lebensjahres. Es frug sich also, ob die Todeserklärung konstitutiv oder deklaratorisch wirke oder, wie man auch sagt, ex nunc oder ex tunc.[14] [15]

---

9) Seuff. A. Bd. 25 n. 5, Regelsberger Bd. 1 § 61 Anm. 6.

10) Vgl. Bruns a. a. O. S. 154. Dies System findet sich zuerst in einem Reskripte des Kaisers Matthias an den Rat der Stadt Görlitz von 1616.

11) B.G.B. § 14. Gemäß desselben beginnt die Frist mit dem Schluß des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Besondere Bestimmungen gelten für die seit einer Lebensgefahr Verschollenen. B.G.B. §§ 15—17. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 52 S. 130.

12) Die Todeserklärung erfolgt im Aufgebotsverfahren der C.P.O. § 960; die besonderen Bestimmungen siehe C.P.O. §§ 961 ff., Bürg. R. Bd. 1 § 53 S. 133.

13) Nach B.G.B. geschieht dies nicht durchgreifend. Dasselbe regelt die Wirkung der Todeserklärung für einzelne Familienverhältnisse durch besondere Bestimmungen; bezüglich der Ehe des für tot Erklärten durch § 1348.

14) Für die bloß deklaratorische Natur der gerichtlichen Todeserklärung waren die meisten Schriftsteller, insbesondere Bruns a. a. O. S. 199, Stobbe Bd. 1 § 38 Anm. 42, Windscheid Bd. 1 § 53, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 376. Die Gegenansicht vertrat Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1 S. 342. Er fand vielfach Anklang, auch in der Praxis, vgl. Bruns a. a. O. S. 199, Roth, D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 119 ff.

7. Das gerichtliche Erkenntnis begründet nur die Vermutung des Todes des Verschollenen. Sie verliert ihre Kraft, sowie der wahre Tatbestand aufgehellt wird. Es bedarf hierzu keines neuen Erkenntnisses.

Der für tot Erklärte kann daher, wenn er sich als lebend legitimiert, das ihm Gehörige von denjenigen fordern, in deren Hand es sich findet. Es ist ihm eine Universalklage nach Analogie der Erbschaftsklage gegen diejenigen nicht zu verweigern, welche sein Vermögen als seine Erben in Besitz nahmen.[16]

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene.

Die oberste Einteilung der Menschen in Rom war diejenige in Freie und in Sklaven.[1] Sklaven galten als Sachen.[2] Das gemeine Recht kennt keine Sklaverei.

Des weiteren teilte man die Menschen ein in Gewaltfreie — sui juris — und in Gewaltuntergebene — alieni juris.[3] In der älteren römischen Zeit beruhte hierauf die Gliederung der bürgerlichen Gesellschaft. Der Hausvater bildete mit den Seinen, d. h. mit der Frau in manu, mit den Hauskindern in der patria potestas, mit den Sklaven in der dominica potestas und mit Freien in sklavenähnlichem Dienstzustande — mancipium — einen besonderen Staat im Staate. Im justinianischen Rechte, in dem sich die Gewalt nur noch auf Sklaven und auf Hauskinder bezog, ist dies sehr abgeschwächt. Im gemeinen Rechte waren nur noch die Hauskinder in der Gewalt des Hausvaters bis zu ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit. Diese Gewalt hatte mehr den Charakter einer väterlichen Vormundschaft als denjenigen eines Herrenrechtes.

Die Hauskinder erwarben nach altrömischem Rechte allen ihren Er-

15) B.G.B. § 18 erklärt sich für die deklaratorische Wirkung. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 53 S. 135.

16) Wer sich infolge der Todeserklärung wie ein Erbe in den Besitz des zurückgelassenen Vermögens des Verschollenen setzte, haftet daher in der Regel bloß auf den Betrag seiner Bereicherung; nur wenn er die Unrichtigkeit der Todeserklärung kannte, hat er zurückzugewähren, was er in Besitz nahm, vgl. Roth, D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 140 ff. B.G.B. § 2031 verweist auf die Analogie der Erbschaftsklage.

1) pr. J. de jure personarum 1, 3. Gaj. Inst. I § 9.

2) l. 32 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Über die Milderungen vgl. Adolf Schmidt, die Persönlichkeit des Sklaven 1868, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 113.

3) pr. J. de his, qui sui vel alieni juris 1, 8. Gaj. Inst. I § 48.

werb ihrem Vater.[4] Nach justinianischem Rechte erwarben sie alles für sich, was sie nicht a patre oder ex re patris erwerben.

Hauskinder konnten Verpflichtungen selbständig übernehmen, sofern sie großjährig waren,[5] aber zur Aufnahme von Darlehen bedurften sie infolge des S. C. Macedonianum der väterlichen Genehmigung.[6]

Nach jetzigem Reichsrechte stehen nur Minderjährige unter elterlicher Gewalt. B.G.B. § 1626.

§ 53. Die Altersstufen. Römisches Recht.[1]

Nur allmählich erwirbt der Heranwachsende die Einsicht, wie auch die Reife des Charakters, welche zu rechtlichen Verfügungen erforderlich ist. Dabei ist die Entwicklung der einzelnen eine verschiedene, da der eine früh reift, der andere hinter dem Durchschnitte zurückbleibt. Billig-

4) Vom Rechtsstandpunkte aus war der Hausvater ausschließlicher unumschränkter Eigentümer des Vermögens, welches seine Untergebenen durch Arbeit, Erbschaften, Glücksfälle erwarben. Daneben lief eine volkstümliche Auffassung, welcher besonders Paulus Ausdruck gibt, wonach dieses Vermögen dem Vater und seinen Kindern gemeinsam war. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses wurde durch diese Auffassung an und für sich nicht berührt. Es ist nicht richtig, von einem „fiduciarischen" Eigentume des Vaters zu sprechen. Dies ist ebensowenig zutreffend, wie die Annahme eines bloß fiduciarischen Eigentums des Mannes an der Dos, obgleich dieselbe nach volkstümlicher Betrachtung der Frau gehörte. Es läuft eben, wie oft im römischen Rechte, neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung her. Damit steht nicht im Widerspruch, daß dieselbe zu einzelnen positiven Rechtsbestimmungen führte; vgl. l. 7 pr. D. de bonis damnat. 48, 20, l. 11 D. de lib. et post. 28, 2, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 109. Das Nähere unten Bd. 3 § 32.

5) Für das klassische römische Recht steht die Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Hauskinder fest l. 39 D. de obl. et act. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1. Ob sie im älteren Rechte anerkannt war, ist bestritten und zweifelhaft, vgl. dagegen: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 340, dafür: Pernice, Labeo Bd. 1 S. 106. In der klassischen Kaiserzeit konnten die Hauskinder aus ihren Schulden verklagt und verurteilt werden. Es fragt sich aber, ob das Urteil gegen sie vollstreckbar war. Vermögen hatten sie keines, die Möglichkeit der Exekution gegen ihre Person stellen viele in Abrede — insbesondere Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 103 — wegen der Kollision mit dem väterlichen Rechte. Das Richtige ist folgendes: dem Gläubiger stand gegen das verurteilte Hauskind die Personalexekution offen, der Hausvater konnte aber intervenieren. Er hatte namentlich gegen den Gläubiger das interdictum de liberis exhibendis, vgl. l. 1 § 2 D. de liberis exhibendis 43, 30. Harte Väter verderbter Söhne intervenierten oft nicht, waren vielmehr zufrieden, wenn ihr Hauskind in der Schuldknechtschaft bleiben mußte. Aus einer solchen Situation ging wahrscheinlich der Vatermord des Macedo hervor, welcher zum Verbot der Darlehne an Hauskinder ohne väterliche Genehmigung führte. Vgl. l. 1 D. de S. C. Macedon. 14, 6.

6) In Rom fehlte auch dem großjährigen Hauskinde grundsätzlich das Klagerecht, das Bedürfnis führte aber zu zahlreichen Ausnahmen. Zuerst gewährte der Prätor den Hauskindern Klagen wegen ihnen angetaner Injurien, sofern der Vater abwesend und unvertreten war; l. 17 § 10 D. de injuriis 47, 10; vgl. Lenel edictum S. 324. Andere Fälle erwähnt l. 18 § 1 D. de jud. 5, 1. l. 19 D. depositi 16, 3, l. 9 D. de obl. et. act. 44, 7, l. 17 D. de reb. cred. 12, 1, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 160.

1) Eine gründliche Darstellung gibt Pernice, Labeo Bd. 1 S. 206.

keit scheint die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung zu fordern. Das praktische Bedürfnis und die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehres drängen auf Durchschnittszahlen. Die Durchschnittszahl muß das Maßgebende werden; die Berücksichtigung des Individuellen läßt sich aber nie ganz ausschließen.

Bezüglich des reinen römischen Rechtes ist hervorzuheben:

1. Die entscheidende Altersgrenze war die Pubertät — die Mündigkeit.[2]

Männer galten ursprünglich als puberes mit Annahme der toga virilis, wobei die Sitte, die Meinung der Familie, die individuelle bürgerliche und geistige Reife bezüglich des Zeitpunktes in das Gewicht fielen. Die Prokulianer und nach ihnen Justinian entschieden sich für die feste Altersgrenze des vollendeten 14. Jahres. Weiber wurden von jeher mit vollendetem 12. Jahre mündig.[3] Man unterschied unter den impuberes:

a) die Kinder, infantes, Personen bis zum vollendeten 7. Jahre. Ihr Wollen und Wissen ist rechtlich bedeutungslos; sie können sich also selbständig weder berechtigen noch verpflichten, singulärerweise können sie durch Übergabe Besitz erwerben.[4]

b) Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, impuberes infantia majores. Sie sind im stande, sich ohne Vormund durch eigene Handlungen zu berechtigen, nicht aber selbständig ihr Vermögen zu mindern.

---

2) Nach altdeutschem Recht bestand, wie nach altrömischem, nur eine Altersgrenze, die Mündigkeit, welche nach den meisten Rechten mit dem 12. Jahr begann, nach einigen etwas später. Seit dem Mittelalter durfte der Mündige bis zum 21. Jahr die Vormundschaft behalten, Sachsenspiegel I, 42; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts II S. 489. Es ist hiernach leicht begreiflich, daß man die römischen impuberes in freier Weise als „Unmündige" bezeichnet; wörtlich übersetzt Windscheid und nennt sie „Geschlechtsunreife".

3) In der klassischen Kaiserzeit entwickelten sich drei verschiedene Ansichten. Ulp. fragm. XI § 28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculejani autem eum, qui XIV annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum. Die Mittelmeinung des Priskus wurde die herrschende; Justinian aber verwarf sie, pr. J. quibus modis tutela finitur 1, 22.

4) Ursprünglich galt als infans nur, wer nicht sprechen konnte; auf Einsicht in die Worte kam es nicht an. So noch zur Zeit Hadrians, vgl. Gaj. Inst. III § 109; die spätklassische Periode erstrebte dagegen auch für die infantia eine feste Grenze. Man verfiel dabei auf die Zahl 7, l. 1 § 2 D. de adm. et per. tut. 26, 7 von Ulpian, siehe aber auch l. 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Die Zahl 7 ist Grundzahl, sie war den Römern heilige Zahl, sie ergab die Hälfte der Zeit der Unmündigkeit der Männer, Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts S. 76. Dies mögen die Gründe gewesen sein, diese Zahl zu wählen. Innere Gründe sprachen für sie schwerlich. Vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11. B.G.B. § 104 hält die 7 Jahre fest.

Durch Ereignisse, die ohne den Willen des Betroffenen Verbindlichkeiten erzeugen — re — werden Unmündige jeden Alters verbunden.

Unmündige sind zur Errichtung letztwilliger Verfügungen unfähig; insbesondere aber war das Recht der Eheschließung in Rom von der Überschreitung der Mündigkeit abhängig.

c) Für die Frage, ob Unmündige durch schuldhafte Handlungen — Delikte — verpflichtet werden, kommt das Maß ihrer Einsicht in Betracht. Denn ohne Zurechnung besteht keine Verschuldung, ohne Verschuldung kein Delikt. Dieser Gedanke war freilich dem alten römischen Rechte fremd. Die zwölf Tafeln belegten den unmündigen Dieb mit Strafe, wenn auch mit einer leichteren als den mündigen. Seit der hadrianischen Zeit erklärte man aber für deliktsfähig nur pubertati proximi, d. h. Unmündige, welche sich der Mündigkeit näherten und im gegebenen Falle die Strafbarkeit ihrer Handlung erkennen konnten.[5]

2. Minderjährige — minoris XXV annis — wurden ursprünglich in Rom von anderen Mündigen nicht unterschieden. Erst nach dem zweiten punischen Kriege bedrohte die lex Plaetoria die Übervorteilung Minderjähriger mit Strafe, verstattete auch den Minderjährigen, sich einen Kurator zur Verwaltung ihres Vermögens zu erbitten.[6] Diesem ersten Schritte folgten andere, tiefer greifende:

a) der Prätor versprach den Minderjährigen Wiedereinsetzung in den früheren Stand — in integrum restitutio —, falls sie in Leichtsinn oder Unerfahrenheit ein ihnen schädliches Rechtsgeschäft geschlossen hatten.[7] Ihre Rechtshandlungen waren also an sich gültig, aber verloren, wenn jene Voraussetzungen zutrafen, auf Antrag die Geltung.

b) Seit Mark Aurel nötigte man die Minderjährigen indirekt, aber nachdrücklich dazu, sich selbst zur Verwaltung ihres Vermögens Kuratoren zu erbitten.[8] Die Kuratoren nahmen das Vermögen des

5) Zur Zeit des Labeo unterschied man nach den Delikten. Unmündige hafteten wegen Diebstahls und aus der lex Aquilia wegen Sachbeschädigung; wegen Beihilfe zum Diebstahl und dolus hafteten sie nicht, l. 5 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2, l. 23 D. de furtis 47, 2, l. 13 § 1 D. de dolo 4, 3. Das neue Prinzip hat namentlich Julian vertreten l. 4 § 26 D. de doli mali exc. 44, 4; das alte, wonach man die Art des Deliktes unterschied, wurde damit nicht ganz verdrängt. Es ließ sich mit dem neuen bis zu einem gewissen Grad vereinigen. Die Entwicklung hat Pernice a. a. O. S. 216 aufgehellt.

6) Die lex Plaetoria wurde zur Zeit des Plautus erlassen. Pseudolus 1, 3, 69: lex me perdit quinavicenaria, metuunt credere omnes. Über den Inhalt vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. 1 § 40, aber auch Jhering, Geist Bd. 3 Abtlg. 1 4. Aufl. S. 119 und Pernice, Labeo Bd. 1 S. 227, insbesondere über den plätorischen Kurator.

7) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4, unten § 141.

8) pr. J. de curatoribus 1, 23. § 2 J. eod. inviti adulescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem. l. 13 § 2 D. de tut. et cur. 26, 5, l. 2

Minderjährigen an sich und wahrten es damit tatsächlich. Die Fähigkeit der Minderjährigen, zu veräußern und sich durch Verträge zu verpflichten, wurde durch ihre Stellung unter Kuratel ursprünglich *nicht berührt*.[9] Aber es blieb ihnen die Restitution offen, wenn sie verletzt waren.

c) Diokletian erklärte schließlich die *Minderjährigen unter Kuratel* für *veräußerungsunfähig*, da sie entmündigten Verschwendern gleichzuhalten seien.[10] Darin liegt, daß sie sich auch durch Verträge *nicht* mehr zu vermögensrechtlichen Leistungen *verbinden* können, sofern sie durch deren Abschluß nicht ihre Vermögenslage verbessern.[11]

Nunmehr bestand ein Unterschied in der Handlungsfähigkeit *unbevormundeter* und *bevormundeter* Minderjähriger. Minderjährige ohne Kuratoren waren veräußerungs- und verpflichtungsfähig, konnten aber restituiert werden. Minderjährige mit Kuratoren konnten durch ihre Willensakte nicht veräußern noch auch sich verbinden, bedurften daher gegen dieselben keiner Restitution mehr.

Alle mündigen Minderjährigen waren testamentsfähig und ehefähig ohne Unterschied, ob sie unter Kuratoren standen oder nicht.

---

§ 5 D. qui petant tutoris 26, 6. Kuratoren waren gleichwohl Regel l. 1 § 3 D. de min. 4, 4. Dies namentlich um deswillen, weil die Tutoren das von ihnen verwaltete Mündelvermögen nicht an den Minderjährigen selbst, sondern nur an einen Kurator desselben herauszugeben hatten.

9) l. 101 D. de V. O. 45, 1. Modestinus libro 4 de praescriptionibus. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

10) l. 3 C. de in integrum restitutione 2, 21. Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est, si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.

11) Die früher herrschende Ansicht ging dahin, daß wie die *Veräußerungen*, so auch die *Verpflichtungen* des Minderjährigen ohne Vormund nichtig waren. Neuerdings aber wollen viele die in Anm. 9 und 10 abgedruckten Stellen, nämlich l. 101 D. de V. O. und l. 3 C. de in integrum restitutione durch die Annahme vereinigen, daß die Minderjährigen zwar zum selbständigen Abschluß von Veräußerungsgeschäften unfähig seien, nicht aber zur selbständigen Eingehung von Verpflichtungen anderer Art. Wie unzweckmäßig und unpraktisch dies wäre, hat Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 347 gezeigt. Aber die Vereinigung wird auch der l. 3 cit. nicht gerecht. Denn in diesem Reskripte entscheidet der Kaiser zwar *zunächst* nur, daß der *Kaufvertrag*, um den es sich im gegebenen Falle handelt, ungültig sei; aber er stützt diese Entscheidung auf den Grundsatz, daß Minderjährige, welche einen Kurator haben, *interdizierten Verschwendern gleichzuhalten* seien. Dies ist die im Reskript enthaltene Rechtsnorm. Aus ihr folgt, daß der bevormundete Minderjährige regelrecht ebensowenig selbständig verpflichtungsfähig wie veräußerungsfähig ist. Was die l. 101 cit. angeht, so ist sie unter der Herrschaft eines ganz anderen Rechtszustandes geschrieben, als derjenige ist, den das Reskript Diokletians feststellt. Es kann sich also nur fragen, wie sie *in der Kompilation* mit der l. 3 C. cit. zu vereinigen ist. Von diesem Standpunkte aus hat es aber kein Bedenken, wie Jhering a. a. O. tut, das Hauptgewicht auf das Wort „possunt“ zu

§ 54. Altersstufen. Gemeines Recht, Reichsrecht.

I. Einen folgerechten Abschluß hatte die Lehre von der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen im römischen Rechte nicht gefunden. Sie erhielt denselben im gemeinen Rechte.

Die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 § 1 verordnete: daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollten. In dieser Gleichstellung fand die Praxis den Willen des Gesetzgebers, daß die *Minderjährigen* überhaupt hinsichtlich des Verkehrsrechtes nicht anders behandelt werden sollten *als Pupillen*. Dies wurde auch auf solche Minderjährige angewendet, die nicht unter Vormundschaft, sondern unter väterlicher Gewalt standen oder einen Vormund entgegen dem Willen des Gesetzes nicht hatten.[1]

II. In neuerer Zeit erschien die Dauer der Minderjährigkeit bis zum vollendeten 25. Lebensjahre als zu lange. Das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 setzte als Grenze das vollendete 21. Lebensjahr.[2]

III. Der Rechtszustand gestaltete sich folgendermaßen:

1. *Kinder*, d. h. Personen vor zurückgelegtem 7. Lebensjahr, blieben *handlungsunfähig*, also unfähig, sich selbständig zu *berechtigen*, wie sich zu *verpflichten*.[3]

2. Der Unterschied zwischen Unmündigen und anderen Minderjährigen verschwand bezüglich des Verkehrsrechtes. Die *Minderjährigen* beider Kategorien sind selbständig *erwerbsfähig*, sonst aber ohne vormundschaftliche Ermächtigung *geschäftsunfähig*.[4]

---

legen. Minderjährige *können* sich verpflichten, d. h. unter denselben Umständen wie entmündigte Verschwender, wenn sie dadurch ihre Lage verbessern. Über die verschiedenen Ansichten vgl. Marezoll in Lindes Zeitschr. Bd. 2 S. 374 ff., Vangerow Bd. 1 § 291 Anm. 2, Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff., Huschke in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311, Conta, Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger, Gött. Jn.Dissert. 1891, Regelsberger Bd. 1 § 131 Anm. 16.

1) Vgl. R.O.H.G. Bd. 6 S. 360.

2) B.G.B. beläßt es beim 21. Jahr. Dies in Übereinstimmung mit den bei weitem meisten europäischen Ländern, doch tritt in Dänemark die Großjährigkeit nach dem 25., in Österreich-Ungarn nach dem 24., in Spanien und Holland nach dem 23., in der Schweiz nach dem 20. Jahr ein; ebenso in Japan nach dem japanischen Gesetzbuch übersetzt von Lönholm § 3.

3) Ebenso B.G.B. § 104. vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11.

4) Ebenso B.G.B. §§ 106 ff. Das B.G.B. unterscheidet unter den Minderjährigen „mündige" nicht mehr. Doch die Vollendung eds 14. Lebensjahres hat erhebliche rechtliche Bedeutung behalten. So im Fall der Kindesannahme B.G.B. § 1750, im Vormundschaftswesen § 1827. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 62 Anm. 4 S. 156. Über das Recht der Minderjährigen, ihr religiöses Bekenntnis zu bestimmen, entscheiden nach Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 134 die Landesrechte. Dieselben knüpfen zum Teil das Recht an die Mündigkeit.

Bezüglich der einseitigen letztwilligen Verfügungen werden die Unterschiede des römischen Rechtes festgehalten. Unmündige waren zu ihrer Vornahme unfähig, mündige Minderjährige fähig. Das B.G.B. § 2229 Abs. 2 verlangt Vollendung des 16. Jahres.

Ehemündigkeit trat gemeinrechtlich infolge des römischen und kanonischen Rechtes mit der Mündigkeit ein. Nach B.G.B. § 1303 knüpft sie sich an die Volljährigkeit, bei Frauen an die Vollendung des 16. Jahres. Für Frauen ist Dispensation zulässig, welche Berücksichtigung besonderer Fälle ermöglicht.[5] [6]

Wegen strafbarer Handlungen, welche ein Minderjähriger vor dem vollendeten 18. Lebensjahre beging, tritt öffentliche Strafe nicht ein, wenn er die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit nötige Einsicht nicht besaß.[7] Folgerecht muß er sich hierauf auch berufen können, wenn er zivilrechtlich wegen seiner vor dem vollendeten 18. Jahre begangenen Delikte auf Schadensersatz belangt wird.[8]

3. Durch Volljährigkeitserklärung können Minderjährige die Rechtsstellung Volljähriger erhalten.[9]

Erforderlich ist Antrag des Minderjährigen oder seines gesetzlichen Vertreters, genügende individuelle Reife. Männer mußten nach römischem Rechte das 20., Weiber das 18. Lebensjahr vollendet haben. Nach B.G.B. § 3 genügt für beide Geschlechter das 18. Jahr.[10]

Die Volljährigkeitserklärung erfolgte in Rom durch den Regenten; in Deutschland geschieht sie durch das zuständige Vormundschaftsgericht. Die Volljährigkeit tritt durch Zustellung des gerichtlichen Beschlusses an den bisher Minderjährigen ein.[11]

Die Bevormundung hört mit der Volljährigkeitserklärung auf; der für volljährig Erklärte ist veräußerungs- und verpflichtungsfähig.[12] [13]

---

5) Schon das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 setzte die Ehemündigkeit bei Männern auf das vollendete 20., bei Weibern auf das 16. Jahr, behielt aber Befreiung vor.

6) Gerichtlich für volljährig erklärte Männer sind als Volljährige ehemündig.

7) Strafgesetzbuch § 56.

8) Vgl. B.G.B. § 828. Anders R.G. in Seuff. Arch. Bd. 52 n. 5.

9) Tit. Cod. de his qui veniam aetatis 2, 44.

10) l. 2 C. h. t. 2, 44. B.G.B. §§ 3 und 4 fordert Vollendung des 18. Lebensjahres und Einwilligung des Minderjährigen und seines Gewalthabers.

11) R.O.H.G. Bd. 6 S. 318. Nach R.Ges. über freiw. Gerichtsbark. § 56 Abs. 2 tritt die Verfügung, durch welche der Minderjährige für volljährig erklärt wird, erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit.

12) In integrum restitutio war ausgeschlossen, l. 1 C. h. t. 2, 44.

13) Veräußerung von Grundstücken durch für großjährig Erklärte forderte nach l. 3 C. h. t. 2, 44 gerichtliche Genehmigung. Dem B.G.B ist diese Beschränkung unbekannt.

§ 55. Rechtsstellung der Frauen.

Der Mensch ist männlichen oder weiblichen Geschlechts. Zwitter, d. h. Personen, die zugleich Mann und Weib sind, gibt es nicht. Nur der Anschein eines Doppelgeschlechtes kommt vor. Nach seiner physiologischen Beschaffenheit ist der anscheinende Zwitter Mann oder Weib.[1]

1. Das ältere römische Recht hatte die Frauen zurückgesetzt, vorzugsweise um die Vermögen dem Mannesstamme — den Agnaten — zu erhalten. Dies war in der klassischen Kaiserzeit abgeschwächt, aber noch nicht beseitigt. Noch standen die Frauen regelmäßig unter Tutel.[2] Ferner beerbten die Agnatinnen in der Erbklasse der Agnaten nur ihre Geschwister, während sie von den entferntesten Agnaten beerbt wurden.[3] Die Übergehung von Töchtern im Testamente des Vaters hatte nicht die Bedeutung, wie die von Söhnen.[4] Im justinianischen Rechte aber besteht Gleichberechtigung der Geschlechter, soweit nicht die Ausschließung der Frau vom öffentlichen Leben eine Verschiedenheit bedingt. Die Frauentutel insbesondere ist verschwunden.[5] Im Erbrechte sind Frauen und Männer gleichgestellt.[6]

2. Der Mann gehört dem öffentlichen Leben an, der Beruf der Frau weist sie auf das Haus. Zahlreiche öffentliche Rechte und Pflichten, die dem Manne zukommen, hat daher die Frau nicht. Hieraus ergaben sich noch im justinianischen Rechte Einwirkungen auf das Privatrecht, welche in das gemeine Recht übergingen. Frauen waren in der Regel nicht befugt zur Vormundschaft; nur die Mutter und die Großmutter wurden zur Vormundschaft zugelassen. Der Mangel politischer Rechte war ferner der ursprüngliche Grund der Unfähigkeit der Frauen zum Zeugnis bei römischen Testamenten. Selbst die Verbote, wonach Frauen nicht interzedieren dürfen, insbesondere das S. C. Vellejanum, werden von den Römern darauf zurückgeführt, daß Frauen dem öffentlichen Leben fern stehen, denn die Interzessionen, — d. h. der Eintritt in die Schulden

1) l. 10 D. de statu hominum 1, 5 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Quaeritur hermaphroditum, cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet.

2) Die Tutel über die Frauen stellt Keller, Institutionen S. 243 dar.

3) Gaj. Inst. III § 14.

4) Gaj. Inst. II § 123 ff.

5) Die Tutel über die Frauen scheint noch zur Zeit der Abfassung der Vaticana fragmenta bestanden zu haben. Vgl. Vat. fragm. § 1, §§ 325 ff. Bei Verfertigung des römisch-syrischen Rechtsbuchs bestand sie nicht mehr. Vgl. dessen Ausgabe von Bruns und Sachau: Zweiter Teil S. 5 Londoner Handschrift § 5.

6) §§ 3 ff. J. de legitima adgnatorum successione 3, 2. § 5 J. de exheredatione liberorum 2, 13.

Dritter, um diesen Kredit zu verschaffen, — galten in Rom als bedingt durch die politische Stellung des Mannes und durch die Beziehungen, welche diese veranlaßte.[7][8]

3. Das B.G.B. kennt keine Beschränkungen der Frauen in privatrechtlicher Beziehung.[9] Landesrechtlich kommen sie vor; insbesondere bei den Familienfideikommissen.

§ 56. Geisteskranke.[1]

1. Das altrömische Recht unterschied schroff zwischen furiosi, den offenbarem Wahnsinn Verfallenen, und dementes, Geisteskranken anderer Art. Dem justinianischen Rechte ist dies fremd.[2] Hiernach kommt nur das negative Moment des Fehlens normaler Geisteskraft in Betracht, nicht die Form der Geisteskrankheit.[3]

2. Geisteskranke erhalten einen Kurator. Ihre Entmündigung geschieht reichsrechtlich ohne förmliches Prozeßverfahren auf Antrag von Interessenten durch Beschluß des Amtsgerichtes, welcher dem Vormundschaftsgericht mitzuteilen ist. Gegen den Beschluß kann in Monatsfrist

---

7) l. 2 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.

8) Die Interzessionsverbote gegenüber Frauen, welche gemeinrechtlich übernommen waren, wurden für Handelsfrauen beseitigt. Art. 6 des bish. H.G.B., vgl. weiter Gewerbe-O. §§ 11 und 46. Landesrechtlich verloren die Interzessionsverbote im Laufe des 19. Jahrhunderts fast in ganz Deutschland ihre Kraft.

9) Für Ehefrauen gilt dies freilich nicht. Auch kann der Mutter bezüglich der Ausübung der elterlichen Gewalt behufs Unterstützung, Überwachung und zur Genehmigung gewisser Geschäfte ein „Beistand" gegeben werden. Vgl. überhaupt Bürg. R. Bd. 1 § 59 S. 149.

1) Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain I (la folie et la prodigalité) 1892, Ad. Hardeland in Iherings Jahrb. Bd. 37 n. 3. Eine lehrreiche Übersicht über die verschiedenen Formen der Geisteskrankheit gibt Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. 3.—7. Aufl. Bd. 1 §§ 28 ff.

2) Die zwölf Tafeln stellten die furiosi unter die potestas ihrer Agnaten und Gentilen. Hieraus entwickelte sich später eine von Rechtswegen mit dem Ausbruch des Wahnsinns eintretende cura. Andere Geisteskranke erhielten einen Kurator vom Magistrat. Solche Geisteskranken nannte man dementes, mente capti, insani, fatui, Ausdrücke, welche gleichbedeutend sind. Bestimmungen, welche für die dementes getroffen waren, betrafen die furiosi nicht direkt, sondern höchstens wegen Gleichheit des Grundes und ebenso umgekehrt; vgl. l. 25 C. de nuptiis 5, 4. Im justinianischen Recht stehen furiosi und dementes gleich. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 234, Cuq, les institutions juridiques des Romains 1891 S. 312, Audibert in nouvelle revue historique Bd. 14 S. 846. Gegen die Gleichstellung Hardeland a. a. O. S. 134. B.G.B. unterscheidet zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, die Grenze ist problematisch. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 63 S. 159.

3) Sehr gewöhnlich definiert man Geisteskrankheit als einen Zustand, in welchem man „des Vernunftgebrauchs beraubt ist", dagegen Mendel in Eulenburgs Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin n. F. Bd. 49, 2.

beim Landgerichte Klage gerichtet werden. Über sie wird in den Formen des Prozesses verhandelt.[4]

3. Geisteskranke sind handlungsunfähig, mögen sie nun bereits entmündigt sein oder nicht.[5] Ihre Handlungen gelten als ein Spiel der Naturgewalten, da sie der Direktion gesunder Geisteskraft nicht unterstehen. Geisteskranke können daher durch Rechtsgeschäfte, die sie persönlich schließen, nicht erwerben; sie werden nicht Besitzer, auch wenn sie Objekte körperlich ergreifen, da ihnen der Besitzwille fehlt.[6] Sie können sich nicht durch Rechtsgeschäfte verbinden und nicht kontraktwidrig handeln,[7] rechtsgeschäftliche Mitteilungen an sie sind unwirksam.[8] Durch Delikte werden sie weder zivilrechtlich noch kriminalrechtlich haftbar, weil sie ihnen nicht zurechenbar sind, ein Satz verfeinerter Rechtsanschauung, welcher freilich in Rom nur allmählich durchdrang.[9] Soweit Verpflichtungen ohne Willen entstehen — re — werden auch Geisteskranke verpflichtet.[10]

---

4) C.P.O. §§ 645 ff. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 36 ff., Bürg. R. Bd. 1 § 63 S. 160. Antragsberechtigte sind der Ehegatte, Verwandte, der gesetzliche Vertreter, der Staatsanwalt beim vorgesetzten Landgericht. Es liegt hierin etwas einer römischen Popularklage Ähnliches, vgl. über diese unten § 130.

5) Nach B.G.B. § 104 sind geschäftsunfähig außer den wegen Geisteskrankheit Entmündigten diejenigen, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, nicht nur vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden. Dagegen sind nach § 114 die wegen Geistesschwäche Entmündigten in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkt.

6) Hieraus erklärt sich wohl die l. 26 D. de manumissionibus 40, 1 Javolenus libro 4 ex posterioribus Labeonis. Servum furiosum omni genere manumissum ad libertatem perduci putat posse Labeo. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 236 Anm. 12 findet den Zweifel Labeos rätselhaft, da es bei keiner Freilassungsform auf den Willen des Sklaven ankomme. Labeo hatte aber die unförmliche Freilassung, das morari in libertate im Auge. Das Wesen dieser Art der Freilassung beruhte darauf, daß der Herr seinen Sklaven in den Besitz der Freiheit setzte; daher mußte sich fragen, ob der Erwerb eines solchen Besitzes Willensfähigkeit des Sklaven erfordere.

7) Wer sein Leben versichert, nach den Bedingungen der Versicherung aber seinen Anspruch im Falle des „Selbstmords" oder der „Selbsttötung" verwirkt, behält seinen Anspruch auf die Versicherungssumme, wenn er sich in unzurechnungsfähigem Zustande tötet. Denn nur der äußeren Erscheinung nach liegt Selbstentleibung vor, in Wahrheit aber steht der sich Tötende unter dem Eindruck von Impulsen, denen er keinen Widerstand entgegenzusetzen vermag, so daß ihnen, nicht ihm selbst die Entleibung zuzuschreiben ist. Vgl. R.O.H.G. Bd. 18 S. 211, R.G. Bd. 4 S. 157.

8) Kipp bei Windscheid § 71 Ziff. 8 S. 285.

9) l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2 Ulpianus libro 18 ad edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum, cessabit igitur Aquiliae actio quemadmodum, si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. l. 3 § 11 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 3 § 1 D. de injuriis 47. 10. Die Kriminalpraxis konnte sich vom Nützlichkeitsstandpunkt aus mit diesem Prinzip schwer befreunden l. 13 § 1 D. de officio praesidis 1, 18. Andere Stellen siehe bei Pernice a. a. O. S. 239.

10) l. 46 D. de obl. et act. 44, 7; vgl. l. 16 § 1 D. qui test. facere 28, 1.

4. Der Geisteskranke, welcher lichte Augenblicke — lucida intervalla — hat, ist während derselben handlungsfähig, dies galt gemeinrechtlich auch, wenn er entmündigt ist und einen Kurator hat.[11]

Hieraus war zu folgern, daß Geisteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee abgesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig sind, als ihre Vernunft reicht,[12] auch wenn sie unter Vormundschaft stehen.

Überhaupt entzieht das Stellen unter Kuratel die Handlungsfähigkeit nicht ohne weiteres.[13]

§ 57. Verschwender.[1]

1. Verschwender — prodigi — können entmündigt werden. Es ist hierbei vorausgesetzt:

a) leichtsinniges Vertun des Vermögens, so daß Verarmung zu befürchten steht. Zielloſe und leichtsinnige Vergeudung bloß der Einkünfte des Vermögens rechtfertigt die Entmündigung nicht. Wer ferner zu ernsten Zwecken, wenn auch gewagterweise, sein Vermögen verbraucht, z. B. behufs einer geplanten Erfindung, ist nicht Verschwender.[2]

b) Die Verschwendung muß sich als ein eingewurzelter Hang darstellen. Eine vorübergehende verschwenderische Laune rechtfertigt die Entmündigung nicht, wenn deren Folgen auch noch so schädlich sind. Manche wollen, daß die verschwenderische Lebensweise in einer krankhaften Geistesbeschaffenheit oder in abnormer Willensschwäche wurzelt. Dies ist aber nicht erfordert.[3]

---

11) l. 2 C. de contrahenda emtione 4, 38, l. 9 C. qui facere testamentum 6, 22. Nach B.G.B. § 104 Ziff. 3 ist dagegen geschäftsunfähig, wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Vgl. hierüber Dernburg, Persönliche Rechtsstellung IV.

12) Es kommt vor, daß der an Geisteskrankheit Leidende und um deswillen Entmündigte zur regelmäßigen Führung seines Haushaltes oder auch seines Geschäftes fähig bleibt, und daß ihm der Vormund diese Führung überläßt. Dann ist er als ermächtigt und befähigt anzusehen, gewöhnliche Haushaltungs- und Erwerbsgeschäfte abzuschließen. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 344, Seuff. A. Bd. 47 N. 43, Windscheid-Kipp § 71 Anm. 3 S. 277.

13) R.G. Bd. 23 S. 120. Es ist dies wichtig für die Kuratel über s. g. gebrechliche Personen, auch für das B.G.B. § 1910.

1) Steiniger, Entm. des Verschwenders 1890, Ad. Schwarz, Entm. des Verschwenders, Tübing. Inauguraldissert. 1891, Audibert in dem oben § 56 Anm. 1 angef. Buch.

2) l. 12 § 2 D. de tutoribus 26, 5 . . . sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10. Paul. sent. III 4 a § 7. Nach B.G.B. § 6 Ziff. 2 kann entmündigt werden, wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt. B.G.B. § 6 Ziff. 3 kennt auch eine Entmündigung wegen Trunksucht.

3) R.G. Bd. 7 S. 349 ff., vgl. Steiniger a. a. O. S. 61.

2. Die Entmündigung geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes auf Antrag von Verwandten oder des Ehegatten oder des Vormundes. Gegen den Beschluß ist Klage beim Landgericht zulässig.[4]

Nicht der verschwenderische Charakter beschränkt die Handlungsfähigkeit, sondern der Beschluß der Entmündigung. Auch diejenigen verschwenderischen Handlungen bleiben daher unanfechtbar, welche den Antrag der Entmündigung hervorriefen und den Beschluß motivierten.

3. Die Entmündigung — bonis interdicere — wegen Verschwendung beruhte in Rom auf Gewohnheitsrecht.[5] Dies lehnte sich daran an, daß man den Verschwender als einen Wahnsinnigen ansah.[6] Hiernach behandelte man ursprünglich die interdizierten Verschwender schlechthin wie Geisteskranke.[7] In der Folge trat aber gemäß der Natur der Sache eine Differenzierung ein. Die entmündigten Verschwender sind fähig, selbständig zu *erwerben*, *nicht* aber ihre Vermögenslage zu *verschlechtern*.[8] Dabei sah man auf den Gesamtcharakter des Geschäftes. Daher können sie vorteilhafte Erbschaften antreten, trotzdem sie hierdurch in die Erbschaftsschulden eintreten;[9] sie können selbst Forderungen

4) C.P.O. §§ 680 ff. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 64 S. 163.

5) l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Unhaltbar ist die Erklärung Ubbelohdes, die Handlungsfähigkeit des Prodigus in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 672 — siehe jedoch auch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 303 — wonach die zwölf Tafeln im Anschluß an „früheres Gewohnheitsrecht" die Entmündigung der Verschwender festgestellt hätten. Woher sollten die späteren Römer die Quellen der Bestimmungen der Tafeln kennen. Waren nicht die meisten ihrer Bestimmungen vorher Gewohnheitsrechte? Die Interdiktion der Verschwender war den 12 Tafeln fremd, lehnte sich aber an sie an. Sie war lege, sofern man sie aus dem Gesetze herauslas. So muß auch Ulp. fragm. XII § 2, XX, 13, l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2 aufgefaßt werden. Deutlicher als Ulpian läßt Paulus sent. III 4 a § 7 den Gang der Entwicklung erkennen. Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tu disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico. Vgl. Cicero de senectute 7, 22 . . . nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet. Später interdizierten die Prätoren auch wenn man nicht die Erbgüter, sondern anderes Vermögen verschwendete. Ubbelohde a. a. O. glaubt, in diesem Falle seien die Verschwender nicht nach Zivilrecht, sondern nur nach prätorischem Rechte handlungsunfähig geworden. Dies ist unrichtig. Man stellte die interdizierten Verschwender den Geisteskranken gleich und betrachtete sie daher diesen analog als zivilrechtlich handlungsunfähig. So auch Audibert in den oben § 56 Anm. 1, 2 angef. Schriften, dagegen aber Steiniger a. a. O. S. 20.

6) l. 1 pr. D. de cur. furiosi 27, 10 verbis „exemplo furiosi", l. 12 § 2 in fine D, de tut. et cur. 26, 5.

7) Eine Reminiszenz enthält l. 40 D. de R. J. 50, 17 Pomponius libro 34 ad Sabinum. Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

8) l. 6 D. de V. O. 45, 1. Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, steht nach B.G.B. § 114 Minderjährigen über 7 Jahren bezüglich der Geschäftsfähigkeit gleich.

9) l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

novieren, wenn diese Novation für sie nützlich ist.[10] Selbstverständlich ist, daß Verschwender sich durch Delikte verpflichten.

Verschwender sind auch unfähig zu letztwilligen Verfügungen.[11]

4. Im Fall der Besserung des Verschwenders kann die Aufhebung seiner Entmündigung durch Beschluß des Amtsgerichtes erfolgen. Gegen den ablehnenden Beschluß steht Klage beim Landgerichte offen.[12]

§ 58. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung.[1]

Ehre — existimatio — ist Wertung unserer Persönlichkeit. Sie ist innere Ehre, soweit sie sich auf das eigene Gefühl, äußere, soweit sie sich auf die Anerkennung in der Gesellschaft stützt; bürgerliche Ehre endlich ist die Anerkennung unserer Rechtspersönlichkeit im Staate. Die bürgerliche Ehre kann durch Auszeichnungen über das allgemeine Maß gesteigert oder durch Zurücksetzung gemindert werden. Derartige Ehrenminderungen liegen vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes.

Eine gesetzliche Ehrenminderung bildete im alten Rom die Intestabilität. Ihr verfiel nach Zwölftafelrecht wer, bei einem Rechtsgeschäfte als Solennitätszeuge zugezogen, sich später des gerichtlichen Zeugnisses hierüber weigerte.[2] Der intestabilis war unfähig, Zeugnis zu leisten oder sich leisten zu lassen und um deswillen auch testamentsunfähig. Spätere Gesetze bedrohten auch andere Vergehen mit Intesta-

10) l. 3 D. de novationibus 46, 2 Pomponius libro 1 ad Sabinum. Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

11) l. 18 pr. D. qui testamenta facere 28, 1, unten Bd. 3 § 67. Auch zum Testamentszeugnis ist der Interdizierte unfähig l. 18 pr. D. cit., § 6 J. de test. ord. 2, 10.

12) C.P.O. § 685. Dagegen l. 1 pr. D. de cur. furios. 27, 10. Ulpianus libro 1 ad Sabinum . . . tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Audibert in den études S. 304. Endigung der Interdiktion von Rechtswegen mit der Besserung des Verschwenders war der gemeinrechtlichen Praxis fremd. Vielmehr forderte sie Gerichtsbeschluß für die Wiederaufhebung.

1) Marezoll, bürgerliche Ehre 1824, Kierulff S. 95, Savigny Bd. 2 S. 170, Aphorismen über den Ehrbegriff bei Eckstein, die Ehre 1889, Binding die Ehre 1892.

2) l. 5 § 1 D. de extraordinariis cognitionibus 50, 13 Callistratus libro 1 de cognitionibus: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Die Konsumtion der bürgerlichen Ehre war Folge des Unterganges der Persönlichkeit durch Verlust der Freiheit. Nach heutigem Rechte kann eine Vernichtung der Ehre nicht mehr vorkommen. Nur eine Minderung der Ehre ist heutzutage möglich.

bilität. Sie trifft im justinianischen Rechte nur noch verurteilte Pasquillanten. Dem gemeinen Rechte war sie fremd.[3]

Außerdem kannten die Römer vorzugsweise zwei Arten von Ehrenminderung, nämlich einmal die *Infamie* — von Neueren infamia juris genannt — und die *Anrüchigkeit*, turpitudo — welche Neuere als infamia facti bezeichnen.

1. Die *Infamie* beruht auf einem *rechtlich fixierten Ehrenkodex*. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Meist sucht man den Ursprung der Infamie in römischem Gewohnheitsrecht. Doch die Gewohnheit allein konnte so zahlreiche Detailbestimmungen nicht fixieren. Das Richtige ist vielmehr, daß gewisse Tatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und daß dies dann *gewohnheitsmäßig von einer Verordnung in die andere überging*.[4] Auch der Prätor zählte die bezüglichen Fälle in seinem Edikte auf. Insbesondere geschah dies bei Regelung des Rechts der *Postulation*, d. h. des Rechts, Anträge in fremdem Namen beim Gericht zu stellen, also als Prozeßvertreter vor ihm aufzutreten.[5] Durch die Aufnahme in das prätorische Edikt stellten sich die Fälle der Infamie dauernd fest.[6]

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der *Würdigung des Falles* abhängen. Bei der Infamie ist aber alles *äußerlich* und *typisch* geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Immerhin hat die Institution der Aufrechthaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom Dienste geleistet, insbesondere auch die Solidität im geschäftlichen Leben Roms gefördert.

---

3) Gell. XV, 13 ex isdem tabulis id quoque est: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto, l. 26 D. qui testam. fac. poss. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod., § 6 J. de testam. ord. 2, 10. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240.

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. Erhalten hat sich in den Bruchstücken der lex Julia municipalis von Julius Caesar aus dem Jahre 709 — vgl. Bruns fontes ed. VI p. 104 — die Bestimmung, welche die Ausschließung von Ehrenämtern wegen Infamie regelte.

5) Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff., hat nachgewiesen, daß die Fälle der Infamie im prätorischen Edikte zweimal erwähnt waren, einmal bei Gelegenheit der Postulationsbeschränkungen, dann bei der Frage der Fähigkeit zur Bestellung eines cognitor. Vgl. das Ediktsbruchstück Vat. fragm. § 320. Das Edikt über die Postulationsbeschränkungen der Infamen restituiert zutreffend Lenel, edictum perpetuum S. 62 ff.; vgl. daselbst S. 73.

6) In der Kaiserzeit wurden die Worte des prätorischen Ediktes das Maßgebende. Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Julianus libro 14 Digestorum . . . licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

Die Neueren unterscheiden mittelbare Infamie — infamia mediata — und unmittelbare Infamie — infamia immediata.

a) *Mittelbar* ist die Infamie, wenn sie sich an eine *Verurteilung* knüpft und nicht ohne weiteres an ehrloses Benehmen.

Vor allem war sie Folge der Verurteilung in einem judicium publicum, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.[7]

Infam machte ferner die Verurteilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich *Raub*, *Diebstahl*, *Injurie* und *Betrug*, ebenso die Verurteilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — judicium extraordinarium — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe machte infam.[8]

Endlich wurde infam, wer es wegen *Gesellschaft*, *Tutel*, *Mandat*, *Depositum*, und nach klassischem Rechte im Falle einer *Fiducia* zur Verurteilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur auf die actio directa, und nur beim Mandat im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die a. contraria.[9]

Wurde der Beklagte im Zivilprozesse durch einen Prokurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Prokurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurteilt war, und der Vertretene nicht, weil das Urteil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Prokurators. So umging man das harte Gesetz.[10]

b) Häufig war die Infamie *unmittelbare Folge gewisser Tatsachen ohne vorgängiges richterliches Urteil*. Wurden die Tatsachen in Abrede gestellt, an welche die Infamie geknüpft war, und hierüber gerichtlich entschieden, so *konstatierte* das Erkenntnis nur die *bestehende* Infamie, dieselbe war also nicht Folge des Erkenntnisses.[11]

---

7) l. 4 § 4 D. de his qui not. 3, 2, l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1, l. 1, l. 7 D. de publico judicio 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurteilung im judicium publicum wegen calumnia, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen praevaricatio, d. h. absichtlichen Verrats der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit knüpfte man die Infamie an jede Verurteilung in einem judicum publicum. Ursprünglich verstand man hierunter das Verfahren vor den Geschworenen, der quaestio publica, später das Verfahren bei dem nach Maßgabe der lex urteilenden Magistrate, welcher an die Stelle des Geschworenengerichtes als Richter getreten war.

8) l. 4 §§ 5 ff. D. h. t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll S. 134 ff.

9) Gaj. Inst. IV § 182, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2.

10) l. 6 § 2 D. h. t. 3, 2.

11) Unmittelbar infam war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt aus: si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto etsi *absoluta sit* post deprehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere,

bilität. Sie trifft im justinianischen Rechte nur noch verurteilte Pasquillanten. Dem gemeinen Rechte war sie fremd.[3]

Außerdem kannten die Römer vorzugsweise zwei Arten von Ehrenminderung, nämlich einmal die *Infamie* — von Neueren infamia juris genannt — und die *Anrüchigkeit*, turpitudo — welche Neuere als infamia facti bezeichnen.

1. Die *Infamie* beruht auf einem *rechtlich fixierten Ehrenkodex*. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Meist sucht man den Ursprung der Infamie in römischem Gewohnheitsrecht. Doch die Gewohnheit allein konnte so zahlreiche Detailbestimmungen nicht fixieren. Das Richtige ist vielmehr, daß gewisse Tatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und daß dies dann *gewohnheitsmäßig von einer* Verordnung in die *andere* überging.[4] Auch der Prätor zählte die bezüglichen Fälle in seinem Edikte auf. Insbesondere geschah dies bei Regelung des Rechts der *Postulation*, d. h. des Rechts, Anträge in fremdem Namen beim Gericht zu stellen, also als Prozeßvertreter vor ihm aufzutreten.[5] Durch die Aufnahme in das prätorische Edikt stellten sich die Fälle der Infamie dauernd fest.[6]

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der *Würdigung des Falles* abhängig sein. Bei der Infamie ist aber alles *äußerlich* und *typisch* geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Immerhin hat die Institution [illegible] aufrechthaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom Dienste geleistet, [illegible] auch die Solidität im geschäftlichen Leben Roms gefördert.

3) Gell. XV, 13 ex isdem tabulis id quoque [illegible] libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inpro[illegible] D. qui testam. fac. poss. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod[illegible] Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240.

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. [illegible] der lex Julia municipalis von Julius Caesar[illegible] fontes ed. VI p. 104 — die Bestimmung, wel[illegible] wegen Infamie regelte.

5) Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgesch[illegible] daß die Fälle der Infamie im prätorischen[illegible] bei Gelegenheit der Postulationsbeschränk[illegible] zur Bestellung eines cognitor. Vgl. das [illegible] Edikt über die Postulationsbeschränkung[illegible] edictum perpetuum S. 62 ff.; vgl. da[illegible]

6) In der Kaiserzeit wurden die W[illegible] Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Ju[illegible] verbis edicti non habeantur infames[illegible] hominum non effugiunt infamiae n[illegible]

Die Neueren unterscheiden mittelbare Infamie — infamia mediata — und unmittelbare Infamie — infamia immediata.

a) Mittelbar ist die Infamie, wenn sie sich an eine Verurteilung knüpft und nicht ohne weiteres an ehrloses Benehmen.

Vor allem war sie Folge der Verurteilung in einem judicium publicum, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.[7]

Infam machte ferner die Verurteilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich Raub, Diebstahl, Injurie und Betrug, ebenso die Verurteilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — judicium extraordinarium — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe machte infam.[8]

Endlich wurde infam, wer es wegen Gesellschaft, Tutel, Mandat, Depositum, und nach klassischem Rechte im Falle einer Fiducia zur Verurteilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur auf die actio directa, und nur beim Mandat im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die a. contraria.[9]

Wurde der Beklagte im Zivilprozesse durch einen Prokurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Prokurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurteilt war, und der Vertretene nicht, weil das Urteil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Prokurators. So umging man das harte Gesetz.[10]

b) Häufig war die Infamie unmittelbare Folge gewisser Tatsachen ohne vorgängiges richterliches Urteil. Wurden die Tatsachen in Abrede gestellt, an welche die Infamie geknüpft war, und hierüber gerichtlich entschieden, so konstatierte das Erkenntnis nur die bestehende Infamie, dieselbe war also nicht Folge des Erkenntnisses.[11]

7) l. … his qui not. 3, 2, l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1, l. 1, D. de … 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurteilung im ju… im pu… alumnia, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen varica… lichen Verrats der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit te ma… n jede Verurteilung in einem judicium publicum. Ur… alich … unter das Verfahren vor den Geschworenen, der quaestio … n bei dem nach Maßgabe der lex urteilenden Magistrate, an … schworenengerichtes als Richter getreten war. … t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll … 2, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2. …, 2. … war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro … iam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt … sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto … prehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere,

bilität. Sie trifft im justinianischen Rechte nur noch verurteilte Pasquillanten. Dem gemeinen Rechte war sie fremd.[3]

Außerdem kannten die Römer vorzugsweise zwei Arten von Ehrenminderung, nämlich einmal die *Infamie* — von Neueren infamia juris genannt — und die *Anrüchigkeit*, turpitudo — welche Neuere als infamia facti bezeichnen.

1. Die *Infamie* beruht auf einem *rechtlich fixierten Ehrenkodex*. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Meist sucht man den Ursprung der Infamie in römischem Gewohnheitsrecht. Doch die Gewohnheit allein konnte so zahlreiche Detailbestimmungen nicht fixieren. Das Richtige ist vielmehr, daß gewisse Tatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und daß dies dann *gewohnheitsmäßig von einer Verordnung in die andere überging*.[4] Auch der Prätor zählte die bezüglichen Fälle in seinem Edikte auf. Insbesondere geschah dies bei Regelung des Rechts der *Postulation*, d. h. des Rechts, Anträge in fremdem Namen beim Gericht zu stellen, also als Prozeßvertreter vor ihm aufzutreten.[5] Durch die Aufnahme in das prätorische Edikt stellten sich die Fälle der Infamie dauernd fest.[6]

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der *Würdigung des Falles* abhängen. Bei der Infamie ist aber alles *äußerlich* und *typisch* geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Immerhin hat die Institution der Aufrechthaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom Dienste geleistet, insbesondere auch die Solidität im geschäftlichen Leben Roms gefördert.

---

3) Gell. XV, 13 ex isdem tabulis id quoque est: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto, l. 26 D. qui testam. fac. poss. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod., § 6 J. de testam. ord. 2, 10. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240.

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. Erhalten hat sich in den Bruchstücken der lex Julia municipalis von Julius Caesar aus dem Jahre 709 — vgl. Bruns fontes ed. VI p. 104 — die Bestimmung, welche die Ausschließung von Ehrenämtern wegen Infamie regelte.

5) Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff., hat nachgewiesen, daß die Fälle der Infamie im prätorischen Edikte zweimal erwähnt waren, einmal bei Gelegenheit der Postulationsbeschränkungen, dann bei der Frage der Fähigkeit zur Bestellung eines cognitor. Vgl. das Edikts bruchstück Vat. fragm. § 320. Das Edikt über die Postulationsbeschränkungen der Infamen restituiert zutreffend Lenel, edictum perpetuum S. 62 ff.; vgl. daselbst S. 73.

6) In der Kaiserzeit wurden die Worte des prätorischen Ediktes das Maßgebende. Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Julianus libro 14 Digestorum . . . licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

Die Neueren unterscheiden mittelbare Infamie — infamia mediata — und unmittelbare Infamie — infamia immediata.

a) Mittelbar ist die Infamie, wenn sie sich an eine Verurteilung knüpft und nicht ohne weiteres an ehrloses Benehmen.

Vor allem war sie Folge der Verurteilung in einem judicium publicum, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.[7]

Infam machte ferner die Verurteilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich Raub, Diebstahl, Injurie und Betrug, ebenso die Verurteilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — judicium extraordinarium — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe machte infam.[8]

Endlich wurde infam, wer es wegen Gesellschaft, Tutel, Mandat, Depositum, und nach klassischem Rechte im Falle einer Fiducia zur Verurteilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur auf die actio directa, und nur beim Mandat im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die a. contraria.[9]

Wurde der Beklagte im Zivilprozesse durch einen Prokurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Prokurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurteilt war, und der Vertretene nicht, weil das Urteil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Prokurators. So umging man das harte Gesetz.[10]

b) Häufig war die Infamie unmittelbare Folge gewisser Tatsachen ohne vorgängiges richterliches Urteil. Wurden die Tatsachen in Abrede gestellt, an welche die Infamie geknüpft war, und hierüber gerichtlich entschieden, so konstatierte das Erkenntnis nur die bestehende Infamie, dieselbe war also nicht Folge des Erkenntnisses.[11]

---

7) l. 4 § 4 D. de his qui not. 3, 2, l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1, l. 1, l. 7 D. de publico judicio 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurteilung im judicium publicum wegen calumnia, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen praevaricatio, d. h. absichtlichen Verrats der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit knüpfte man die Infamie an jede Verurteilung in einem judicum publicum. Ursprünglich verstand man hierunter das Verfahren vor den Geschworenen, der quaestio publica, später das Verfahren bei dem nach Maßgabe der lex urteilenden Magistrate, welcher an die Stelle des Geschworenengerichtes als Richter getreten war.

8) l. 4 §§ 5 ff. D. h. t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll S. 134 ff.

9) Gaj. Inst. IV § 182, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2.

10) l. 6 § 2 D. h. t. 3, 2.

11) Unmittelbar infam war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt aus: si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto etsi absoluta sit post deprehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere,

Unmittelbare Infamie knüpfte sich unter anderem an schimpfliche Entlassung aus dem Heere;[12] an zahlreiche geschlechtliche Verfehlungen, insbesondere gleichzeitiges doppeltes Verlöbnis sowie Bigamie,[13] Verletzung des Trauerjahres durch die Witwe,[14] gewerbsmäßige Unzucht und gewerbsmäßige Kuppelei; endlich war sie Folge des Auftretens als Schauspieler.[15] Nach vorjustinianischem Rechte machte auch Konkurs infam.[16]

Die einmal verwirkte Infamie war lebenslänglich. Nur Begnadigung durch Senat oder Kaiser — in integrum restitutio — konnte dem Infamen die Ehre zurückgeben.[17]

Die Infamie schloß von Ehrenämtern aus;[18] sie bildete ferner ein Hindernis für die Ehe mit Unbescholtenen,[19] hatte Unfähigkeit zur Postulation für Dritte bei Gericht zur Folge und nach der Notariatsordnung von 1512 auch Unfähigkeit zum Notariat.[20]

2. Neben der Infamie kommt die turpitudo vor, d. h. die auf einem schimpflichen Lebenswandel beruhende soziale Mißachtung. Sie bemißt sich nach individuellen Momenten. Mit der Besserung der Sitten und der Rehabilitierung in der Gesellschaft hört sie auf. Über sie befindet das richterliche Ermessen.

Die Erbeseinsetzung einer persona turpis berechtigt die Geschwister des Erblassers, welche dessen nächste gesetzliche Erben wären, und denen das Pflichtteil nicht hinterlassen ist, zur Anfechtung des Testamentes, weil der Schimpf der Übergehung als durch die Bevorzugung eines solchen Erben gesteigert erscheint.[21] Dies ist die einzige, gesetzlich besonders normierte Folge der turpitudo.

Daß die Infamie in Deutschland rezipiert wurde, ist zweifellos; denn die Gesetze des alten Reichs setzten ihre Geltung voraus und be-

---

quia verum est, eam in adulterio deprehensam: quia factum lex, non sententiam notaverit.

12) l. 2 D. h. t. 3, 2.

13) l. 13 § 2 D. h. t. 3, 2.

14) l. 8 ff. D. h. t. 3, 2.

15) l. 2 § 5 D. h. t. 3, 2.

16) Gaj. Inst. II § 154, IV § 102, lex Julia municipalis 115 ff. Anders im Falle der cessio bonorum l. 11 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11.

17) l. 1 § 9, § 10 D. de postulando 3, 1. In der Lebenslänglichkeit der Infamie lag etwas Hartes, ja Grausames.

18) Cicero pro Cluentio cap. 42, l. 6 § 3, l. 12 D. de decur. 50, 2, l. un. C. de infamibus 10, 59.

19) Vgl. über dieses Eheverbot Savigny Bd. 2 Beilage VII S. 517 ff.

20) Not.O. § 2.

21) l. 27 C. de inofficioso testamento 3, 28 — Constantinus.

stimmten neue Fälle und Folgen derselben.[22] Doch erstreckte sich die Rezeption nicht auf alle römischen Fälle; insbesondere trat in Deutschland nie Infamie ein als unmittelbare Folge der Verurteilung aus Kontraktsklagen.[23]

Das deutsche Strafgesetzbuch hat aber die Infamie vollständig beseitigt,[24] indem es den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte gemäß germanischen Rechtsideen in einer mit dem römischen Institut unverträglichen Weise ordnete.[25] Hiernach ist der Verlust der Ehrenrechte Strafzusatz für Vergehen, welcher durch das strafrichterliche Urteil besonders ausgesprochen sein muß. Diese Aberkennung ist bei einigen Vergehen zulässig, bei anderen geboten.[26] In der Regel ist er auf Zeit auszusprechen. Die Folgen sind vorzugsweise Unfähigkeit zu öffentlichen Ämtern und zur Ausübung anderer politischer Rechte, Unfähigkeit zum Zeugnis bei Aufnahme von Urkunden, zur Vormundschaft und Zurücksetzungen im Gesellschaftsrechte.[27]

Die turpitudo als bloß tatsächliche Ehrenminderung blieb unberührt.[28]

Die Unterschiede in der Rechtsfähigkeit wegen des religiösen Bekenntnisses, welche in der römischen christlichen Kaiserzeit zur Geltung kamen, wurden in Deutschland nicht festgehalten und neuerdings ausdrücklich beseitigt.[29]

---

22) Zahlreiche Reichsgesetze, welche die Infamie erwähnen, zitiert Savigny Bd. 2 S. 227. Über die Aufnahme und Weiterbildung der Infamie im kanonischen Rechte vgl. Hinschius, Kirchenr. Bd. 5 S. 41 ff.

23) Denn die Praxis erforderte, daß in dem Urteil der „überwiesenen Treulosigkeit" ausdrücklich Erwähnung geschehen sein müsse, wenn die Infamie eintreten sollte, Glück Bd. 5 S. 196, und dies geschah nicht. Andere erachteten geradezu die Infamie wegen Verurteilung aus Kontrakten als beseitigt.

24) Für die Unanwendbarkeit der Infamie im gemeinen Rechte erklärte sich schon früher namentlich Savigny Bd. 2 S. 228.

25) Mandry, zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 88. Windscheid Bd. 1 § 56.

26) Strafgesetzbuch § 32. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte muß erkannt werden bei Meineid, schwerer Kuppelei und gewerbsmäßigem Wucher, Strafgesetzbuch §§ 161, 181 und 302 d.

27) Strafgesetzbuch § 34. Rechtsanwaltsordnung § 6. Reichsgesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 § 68. Reichsgewerbeordnung §§ 83 und 86. R.Ges. über die eingeschriebenen Hilfskassen v. 7. April 1876 § 21. Unfallversicherungsgesetz §§ 34, 42, R.Ges. v. 10. April 1892 betr. d. Krankenversicherung §§ 6 a, 26 a, 27, Invaliden-Versicherungsges. v. 13. Juli 1899 § 88 Abs. 1 Satz 2, Börsengesetz § 7 Ziff. 2.

28) Über B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 58 S. 149.

29) Reichsgesetz v. 3. Juli 1869. Mandry, a. a. O. S. 65. Windscheid § 55 Anm. 3.

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.[1]

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 59. Verhältnis der juristischen zur physischen Person.

1. Außer dem menschlichen *Individuum* haben eine selbständige Rechtsfähigkeit gewisse, der menschlichen Gesellschaft angehörende *Organisationen*. Solche Organisationen pflegt man derzeit *juristische Personen* zu nennen; im vorigen Jahrhundert war der Ausdruck *moralische* Person in Übung, so daß man moralisch in dem Sinne von „transzendent" d. h. über der Körperwelt hinausliegend auffaßte.

Arten der juristischen Personen sind *Korporationen*[2] — Körperschaften — d. h. Personalgesamtheiten, ferner *Anstalten*, d. h. öffentliche Einrichtungen, endlich *Stiftungen*, d. h. nützlichen Zwecken gewidmete Vermögen.

Unter den juristischen Personen haben eine besondere juristische Stellung die *öffentlichen*, d. h. der Staat und die ihm zugehörigen Organisationen mit selbständiger Persönlichkeit, sowie die katholische Kirche und die evangelische Landeskirche mit ihren Organisationen. Die übrigen juristischen Personen sind *private*.[3]

2. Es ist herkömmlich, die juristischen Personen als *fingierte* zu betrachten. Die Idee der Fiktion zieht sich seit der Zeit der Postglossatoren

---

1) Aus der Literatur über die juristischen Personen heben wir hervor: Savigny Bd. 2 S. 235, welcher die ältere Literatur anführt, Brinz, Pand. 1. Aufl., 2. Abt. 1868 S. 979 ff. 2. Aufl. Bd. 3 §§ 432 ff., Salkowski, zur Lehre von den juristischen Personen 1863, Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle 1871, Zitelmann, Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen 1873, Bolze, der Begriff der juristischen Person 1879, Burckhard in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 n. 1, G. Rümelin, Methodisches über jur. Pers. 1891, Zweckvermögen 1892. Ein reiches Material hat verarbeitet Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht. Vor allem ist hier wichtig Bd. 3 „die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland". Hierzu kommt: Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. Vgl. noch Gradenwitz in Grünhuts Ztschr. Bd. 18 S. 337. — Reichhaltig Giorgio Giorgi, la dottrina delle persone giuridiche 1889 bis 1892, 3 Bde. Über den heutigen deutschen Rechtszustand: Bürg. Recht Bd. 1 §§ 65 ff.

2) Die Römer bezeichneten nur die Privatkorporationen als „corpora", die Neueren verstehen unter Korporationen *alle* Personengesamtheiten.

3) Über die Kennzeichen der Einteilung besteht keine Einigkeit. Unsere Bestimmung entspricht dem geschichtlich gegebenen Tatbestand. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 91.

durch die Literatur und hat bis zum heutigen Tage Vertreter.[4] Der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit, führt insbesondere Savigny aus, falle mit dem des Menschen zusammen; denn um des Menschen willen sei alles Recht da. Dieser ursprünglichen Idee entspreche die Formel: jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig. Durch Ausnahmerecht sei jedoch des Nutzens halber die Rechtsfähigkeit auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte ausgedehnt worden. Das seien dann die juristischen, d. h. die bloß zu juristischen Zwecken geschaffenen Personen.

Lange suchte man auf solche Fiktion die Theorie der juristischen Personen zu gründen. In neuerer Zeit aber gab sie den Anlaß zu dem Unternehmen, die Theorie der juristischen Personen aus den Angeln zu heben und deren Existenz zu leugnen. — Insbesondere erklärte Brinz dem Begriffe der juristischen Person den Krieg. Von fingierten Personen zu sprechen, sei ein Fehler; es liege darin das Zugeständnis, daß eine wirkliche Person fehle, denn fingierte Wesen seien nicht existierende. Was nicht existiere, könne aber keine Rechte haben. Fingiertes ferner könne nicht wollen, ohne „Wollen und Dürfen" aber bestehe kein Recht, ohne die Fähigkeit hierzu keine Rechtsfähigkeit. Wirklich vorhanden sei nur ein Zweckvermögen, nämlich ein Vermögen, welches niemandem gehöre, aber zu gewissen Zwecken diene. In diesem Vermögen fänden sich Eigentum ohne Eigentümer, Forderungen ohne Gläubiger, Schulden ohne Schuldner — subjektlose Rechte.[5]

Mit diesen Ausführungen wird die ungesunde Idee der Fiktion zu Tode gehetzt, aber das Wesen der juristischen Person nicht getroffen.

Es ist unhistorisch, daß ursprünglich der Mensch allein Persönlichkeit hatte. Vielmehr ist die juristische Person urwüchsig und bereits in den Anfangsstadien von Staat und Recht vorhanden.

Seit alten Zeiten hatte insbesondere in Rom die Volksgemeinde juristische Persönlichkeit, und ihr nachgebildet die Gemeinden, nicht minder Korporationen, die zum Teil ihren Ursprung auf Numa und auf Servius Tullius zurückführten.[6]

---

4) Vgl. Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 362, Savigny Bd. 2 S. 226, Kierulff S. 129.

5) Brinz a. a. O. 2. A. §§ 60 ff. Die juristische Person, meint B., gehöre so wenig in die Personenlehre, wie etwa die Vogelscheuche in die Naturgeschichte des Menschen gehöre, weil sie einen Menschen vorstelle. — Die Grundanschauung von Brinz teilt Bekker, Pand. Bd. 1 S. 196, doch widerstrebt er nicht „einstweiliger Beibehaltung" der juristischen Person mit Rücksicht auf Herkommen und Bequemlichkeit, wenn man sich nur hüte, aus der Fiktion weitere Folgerungen zu ziehen, „als man eben brauchen kann". Dagegen Karlowa, z. L. v. d. juristischen Personen in Grünhuts Ztschr. Bd. 15 S. 381, G. Rümelin a. a. O., Regelsberger Bd. 1 § 76.

6) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 254.

In der Tat ist es eine gesellschaftliche Notwendigkeit, die sich unmittelbar geltend macht und nichts Künstliches hat, daß sich die Vermögensfähigkeit nicht bloß an Individuen, sondern nicht minder an soziale Organisationen knüpft. Denn die Verteilung der Sachgüter unter die Individuen ist zwar eine zweckmäßige, auf höheren Kulturstufen unentbehrliche Form des Gesellschaftslebens. Aber das Individualeigentum bedarf einer Ergänzung seiner Einseitigkeit und einer Ausgleichung seiner Härten. Diese liegt eben darin, daß neben den physischen Personen[7] Personengesamtheiten, Anstalten, Stiftungen die privatrechtliche Vermögensfähigkeit haben; erst dadurch werden sie fähig, allgemeinen Zwecken dienstbar zu sein.

Die juristischen Personen sind freilich nichts Körperliches, aber keineswegs etwas Unwirkliches; sie sind Vorstellungen, aber um deswillen nicht Fiktionen. Beides ist nicht identisch. Denn die *Fiktion* denkt etwas einem Tatbestand hinzu oder von ihm hinweg, was *nicht* ist, im Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das *Wirkliche einem ihm entsprechenden Begriffe*. Der Begriff einer Gemeinde z. B. knüpft sich an Land und Leute, die in einem gewissen Verhältnisse stehen. Diese Vorstellung entspricht der Realität der Dinge. Sie ist kein Erzeugnis der Phantasie, wie man vermeint hat, sondern des Verstandes; sie hat Allgemeingültigkeit.[8]

Ist hiernach die juristische Persönlichkeit *keine Fiktion*, so fällt die Prämisse der Auffassung von Brinz und damit ist sie erledigt.[9]

---

7) Die Äußerung der l. 2 D. de statu hominum 1, 5 von Hermogenianus libro 1 juris epitomarum: hominum causa omne jus constitutum est zieht insbesondere Savigny a. a. O. S. 2 dafür an, daß natürlicher Weise nur Menschen Rechtssubjekte seien. Mit Unrecht. Unzweifelhaft ist alles Recht um der Menschen willen da. Aber auch das Recht der juristischen Personen dient den Menschen.

8) Nicht begründet ist, daß die *Römer* die juristische Persönlichkeit auf eine Fiktion stützten. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 281. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 104, hat ihn nicht widerlegt. Mit Unrecht bezieht man sich auf l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 von Florentinus libro 8 institutionum. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas *personae vice fungitur* sicuti municipium et decuria et societas. Florentin erklärt hier die Rechtsfähigkeit der hereditas jacens damit, daß sie an Stelle eines rechtsfähigen Menschen stehe, wie dies auch bei juristischen Personen der Fall sei. Er will vergegenwärtigen, daß es außer den physischen auch vorgestellte Personen gebe. Es ist schwerlich begreiflich, wie man aus einer solchen Parallele eines juristischen Schriftstellers weittragende Schlüsse ziehen kann. Vgl. auch unten Bd. 3 § 61.

9) Was Brinz Zweckvermögen nennt, deckt sich auch nicht mit dem Tatbestande des gegebenen Rechtes. Es bestehen juristische Personen, die Vermögen nicht besitzen. Eine Universität z. B., die aus staatlichen Mitteln erhalten wird, kann mit Korporationsrechten ausgestattet sein, ohne irgend welches Vermögen zu besitzen. Trotzdem hat sie Vermögensfähigkeit und kann durch Vermächtnisse oder Schenkungen Vermögen

§ 60. Korporationen.

1. Das Vorbild aller Korporationen war den Römern die Volksgemeinde. Sie war, soweit die geschichtliche Erinnerung reicht, Vermögenssubjekt und schloß als solches Kontrakte mit den Bürgern. Allerdings standen ihre Vermögens- und Verkehrsrechte nicht unter den strikten Normen des Zivilrechtes, sondern unter eigenen freieren Ordnungen.[1] So mochte man dies Recht im jus publicum mitbegreifen. Doch der Sache nach handelte es sich nicht um Hoheitsrechte des Staates, sondern um Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art.

Die kaiserliche Kasse — der Fiskus — trat unter die Normen des ordentlichen Privatrechtes, welches inzwischen unvergleichlich frei und vielseitig ausgebildet war. Diese Kasse absorbierte seit der späteren Kaiserzeit die Staatskasse. Infolgedessen nennt man noch heute den Staat als Vermögenssubjekt Fiskus. Der Fiskus hat aber nicht den Charakter einer Korporation; er bildet vielmehr eine Anstalt.

Die Persönlichkeit des Staates ist eine einheitliche. Hieran ändert nichts, daß die Verwaltung des Staatsvermögens verschiedenen Kassen — stationes fisci — anheimfällt.[2]

Das Recht des Fiskus ist in Einzelheiten ein singuläres; es stehen ihm zahlreiche Privilegien zu.[3] Insbesondere hat er gesetzliche Pfandrechte[4] und berechnet aus seinen Kontrakten seinen Schuldnern stets Zinsen, gibt aber seinen Gläubigern keine Zinsen, wenn sie nicht vereinbart sind.[5] Der Satz den man oft verteidigt hat, „in dubio contra fiscum" ist dem gemeinen Rechte fremd.[6]

---

erwerben. Dagegen sagt freilich Demelius in Jherings Jahrbuch Bd. 4 S. 121: „was vor der Existenz eines Vermögens besteht, ist nur das ganz außerhalb des Privatrechtes Liegende", „sie sind erst juristische Personen dadurch, daß sie und sobald sie in Vermögensbeziehungen treten". Vgl. auch Brinz 2. A. Bd. 3 S. 459.

1) Über das Vermögens- und Verkehrsrecht des republikanischen Staates vgl. Heyrovsky leges contractus 1882 und vor allem Pernice, Parerga II in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, neue Folge Bd. 5 S. 1.

2) Dies tritt am bestimmtesten hervor in der l. 2 C. de solutionibus 8, 42 von Alexander. Liberari fidejussores, quotiens fiscus tam creditori quam debitori licet diversis stationibus succedit, jus certum est, quod et in tua persona procuratores mei custodient. In der l. 1 C. de compensationibus 4, 31 wird freilich die Kompensation mit Forderungen an die eine Kasse auf Schulden an eine andere ausgeschlossen. Allein dies ist fiskalisches Spezialrecht „propter confusionem diversorum officiorum".

3) Nur der einheimische Fiskus hat diese Vorrechte. Einheimischer Fiskus ist für die deutschen Bundesstaaten auch das deutsche Reich. Laband, Staatsrecht Bd. 2 § 112. Der Regent und die Regentin haben die fiskalischen Vorrechte nach römischem Recht, l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

4) l. 1, l. 2 C. in quibus causis 8, 14.

5) l. 17 § 5 und 6 D. de usuris 22, 1, l. 43 D. eod.

2. Korporationsrechte hatten in Rom die Stadt- und Landgemeinden;[7] heutzutage haben solche auch andere kommunale Verbände, z. B. Kreise, Provinzen.

3. Privatkorporationen, in Rom sehr eingeengt,[8] finden sich in Deutschland in unerschöpflicher Fülle. Einige reichen in frühe Zeiten zurück, z. B. Zünfte, Schützengesellschaften; andere sind Produkte des modernen Assoziationsgeistes.

Die Privatkorporationen sind teils auf wirtschaftliche Zwecke gerichtet — die sog. Wirtschaftsvereine, teils auf ideale Zwecke, insbesondere zu wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen Zwecken, die nichtwirtschaftlichen Privatvereine.[9]

4. Die Kirche galt zeitweise als Korporation, d. h. als die Gesamtheit der Gläubigen. Aber das in der katholischen Kirche liegende Autoritätsprinzip führte dazu, in den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen öffentliche Anstalten zu erblicken, welche über den Gläubigen stehen.[10] Auch die protestantischen Landeskirchen haben mehr oder weniger bestimmt den Charakter von obrigkeitlich gesetzten Anstalten.[11]

Dagegen bilden Religionsgesellschaften anderer Art, denen die Rechte juristischer Persönlichkeit verliehen sind, private Korporationen.

---

6) Man beruft sich auf die l. 10 D. de jure fisci 49, 14 Modestinus libro singulari de praescriptionibus. Non puto eum delinquere, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Die Stelle beweist nichts. Gegen den Fiskus in Zweifelfällen zu respondieren, ist hiernach kein Verbrechen, daß es Pflicht sei, sagt Modestin nicht.

7) l. 73 § 1 D. de leg. I. Auch die Gemeinden sind im römischen Rechte mit Privilegien ausgestattet. Vor allem haben sie ein Recht auf restitutio in integrum wie Minderjährige, l. 4 C. quibus ex causis 2, 53. Vgl. auch R.K.O. § 61 Ziff. 2.

8) Vgl. unten § 63. Die Römer unterschieden zwei Arten von Privatkorporationen, nämlich einmal die collegia, wohin unter anderem Zünfte und Brüderschaften zur Aufbringung der Begräbniskosten gehörten, und zweitens die societates vectigalium, d. h. Publikanensozietäten. Über die letzteren gehen die Meinungen sehr auseinander. Vgl. R. Schmid, Archiv für ziv. Praxis Bd. 36 S. 166, Rösler in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4 S. 274, Salkowski, juristische Personen S. 29, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 295, M. Cohn, zum römischen Vereinsrecht S. 155. Manche betrachten die societates als Erwerbsgenossenschaften. Es schwebt ihnen das Bild einer modernen Aktiengesellschaft vor. Allein dies ist schwerlich richtig. Es liegt vielmehr eine Kombination zweier Rechtsverhältnisse vor. Die Publikanen bildeten Gesellschaften, schlossen als solche Pachtverträge mit dem Staate, dem sie sich persönlich verpflichteten, und hatten gegen einander die actio pro socio auf Teilung und Ausgleichung, lex Malacitana cap. 65 l. 65 § 15 D. pro socio 17, 2. Daneben konnten sie, wie die Handwerker, eine Innung bilden mit besonderer Korporationsverfassung und mit Korporationsvermögen, welchem auch Erbschaften zugewendet wurden, l. 1 pr. § 1 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4, l. 3 § 4 D. de bon. poss. 37, 1. Der korporative Zusammenschluß der Publikanen hat auf ihr Sozietätsverhältnis nur in einigen Punkten zurückgewirkt, l. 59 pr., l. 63 § 8 D. pro socio 17, 2. Vgl. noch neuestens Kniep, societas pulicanorum. Bd. 1 1896.

9) Diese Unterscheidung ist für das B.G.B. §§ 21 ff. besonders wichtig.

Der Unterschied zeigt sich in folgendem. Wenn sämtliche Mitglieder einer katholischen oder protestantischen Gemeinde aus der Kirche austreten, so bleibt dieselbe dennoch als juristische Person bestehen. Religionsverbände anderer Art finden ihr Ende, wenn ihre sämtlichen Glieder austreten.

§ 61. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft.

Eine Personenverbindung zur Erreichung gemeinsamer Zwecke ist in zwei Formen möglich, nämlich in derjenigen der **Korporation** und in derjenigen der **Gesellschaft**. Beide Formen der Assoziation wurden von den Römern in scharfer Folgerichtigkeit ausgebildet.

1. **Ihering** hat die Ansicht verteidigt, daß auch bei Korporationen deren **Mitglieder** die wahren Rechtssubjekte bilden, so daß die juristische Person nur die nach außen gekehrte eigentümliche Erscheinungsform ihrer rechtlichen Beziehungen sei.[1] Dies gibt kein richtiges Bild. Die **Gesamtheit**, die Korporation ist wie nach außen, so auch nach innen **selbständiges Rechtssubjekt**. Ihr gehört das Korporationsvermögen, ihr dessen Verwaltung und dessen Nutzung. Dies tritt in folgenden Rechtssätzen zu Tage.

a) Die Korporation ist **unabhängig** von der **Individualität ihrer Glieder**. Sie bleibt dieselbe bei deren Wechsel. Sie erhält sich möglicherweise die Jahrhunderte hindurch.[2]

b) Das Vermögen der **Korporation** ist **nicht** Vermögen der **Korporationsgenossen**.[3] Die Forderungen der Korporation sind

---

10) Gierke Bd. 3 S. 251. Schulte, die juristischen Personen der katholischen Kirche 1869. Brinz Bd. 2 S. 497 ff.

11) Gierke Bd. 3 S. 799.

1) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abtlg. 1 S. 356, 4. Auflage. Er erachtet die juristische Person als bloßes Aftersubjekt, denn es widerspreche dem Rechtsbegriff, daß jemand Rechte habe, welcher nicht selbst genußfähig sei. Bei den Stiftungen sieht Ihering in den Destinatären, also in den Armen, Kranken, Kunstfreunden soweit irgend tunlich, die wahren Rechtssubjekte.

2) l. 76 D. de judiciis 5, 1. Alfenus Varus libro 6 Digestorum; populum eundem hoc tempore putari, qui adhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret. l. 7 § 2 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.

3) l. 6 § 1 D. de divisione rerum 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum. Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum: ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo servum civitatis posse torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. l. 1 § 7 D. de quaestionibus 48, 18, l. 10 § 4 D. de in jus vocando 2, 4 — l. 1 § 15 D. ad S. C. Trebellianum

nicht Forderungen ihrer Mitglieder, die Schulden der Korporation verpflichten die Korporationsmitglieder nicht.[4] Die Korporation kann allerdings zur Tilgung der Korporationsschulden Umlagen nach Maßgabe der Korporationsverfassung ausschreiben; die Gläubiger aber haben einen Anspruch gegen die Korporationsglieder wegen der Korporationsschulden nicht.

c) Die Korporation allein ist dazu legitimiert, in Angelegenheiten der Korporation zu klagen und verklagt zu werden. Sie wird hierbei durch ihren Vorstand repräsentiert, fehlt es an einem solchen, durch besonders zu wählende Repräsentanten.[5] Die Korporationsglieder sind hiernach in den Prozeßsachen der Korporation nicht Partei und von der Ausübung des Richteramtes und vom Zeugeneide nicht ausgeschlossen.[6] Dies leidet jedoch Ausnahmen, wenn sie entweder die Korporation im Prozesse repräsentieren,[7] oder wenn sie unmittelbar am Ausgange des Prozesses beteiligt sind.[8]

d) Die Handlungen der Glieder der Korporation berechtigen und verpflichten die Korporation nur, wenn sie auf Grund der Korporationsverfassung zu deren Vertretung berufen sind.

e) Die Mitglieder können eine Verteilung des Vermögens der Korporation nicht fordern und dessen Erträge nicht beanspruchen. Sie können bei ihrem Austritte aus der Korporation Auszahlung eines Anteils nicht verlangen.

36, 1. Folgerecht steht nichts im Wege, daß die Korporationsmitglieder an Grundstücken der Korporation Servituten erwerben, was nicht anginge, wenn sie Miteigentümer derselben wären. Umgekehrt kann die Korporation an Grundstücken der Korporationsmitglieder Servituten erwerben.

4) l. 7 § 1 D. quod cujuscumque univ. 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum. Si quid universitati debetur. singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

5) l. 7 pr. D. h. t. 3, 4. l. 1 §§ 2 ff. D. eod. In Rom geschah die Repräsentation im Prozesse durch einen zu wählenden Syndikus. Nach der heutigen Organisation ist der Syndikus nur ein Glied des Vorstandes oder gar nur der Vertreter des Vorstandes in Prozeßangelegenheiten. Über den Gerichtsstand der Korporationen vgl. C.P.O. § 17, auch § 22. Zustellungen erfolgen an den Vorstand, C.P.O. § 184, Eide hat dieser auszuschwören, vgl. C.P.O. § 473.

6) Vgl. C.P.O. § 41 Ziff. 1.

7) R.G. Bd. 2 S. 400.

8) Unmittelbar Beteiligte sind unbeeidigt als Zeugen zu vernehmen C.P.O. § 393 Ziff. 4. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 68 Anm. 4 S. 179. — Wird einer Gemeinde eine Summe vermacht, welche den Armen zu gute kommen soll, so sind solche Armen, denen dieselbe voraussichtlich zufließen wird, als unmittelbar beteiligt zu erachten; andere Gemeindegenossen sind dies selbst dann nicht, wenn infolge der Gültigkeit des Legats möglicherweise die Gemeindesteuern sich verringern werden. Zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie die moderne Praxis kamen schon die Kanonisten des Mittelalters, Gierke Bd. 3 S. 300.

2. Auch die Gesellschaft ist eine Vereinigung mehrerer,[9] um gemeinsamer Zwecke willen. Aber bei der Gesellschaft wird der Verband nicht personifiziert. Rechte und Pflichten knüpfen sich an die Gesellschafter. Daher läßt die Gesellschaft einen Wechsel der Personen der Gesellschafter nicht zu. Eine Gesellschaft mehrerer löst sich in der Regel durch den Tod, oder durch den Austritt auch nur eines der Gesellschafter auf. Im Falle des Eintritts eines neuen Mitgliedes in die Gesellschaft entsteht eine neue Gesellschaft.

Das Eigentum und die Rechte, welche namens der Gesellschaft erworben werden, gehören den Gesellschaftern. Die Schulden verhaften die Gesellschafter persönlich. Klagen und verklagt werden können nur die Gesellschafter als solche.

Jeder Gesellschafter kann nach römischem Rechte seinen Anteil am gesellschaftlichen Vermögen veräußern, einseitig der Gesellschaft ein Ende machen, Teilung des Gesellschaftsvermögens fordern.[10]

3. Der Gegensatz zwischen Korporation und Gesellschaft ist infolge deutschrechtlicher Anschauungen weit weniger schroff als in Rom.[11]

a) Die Korporation vor allem gilt als berufen, auch Rechte zu wahren, welche ihren Gliedern als solchen gebühren. Insbesondere ist die Gemeinde befugt, Gerechtigkeiten, welche den Gemeindegenossen überhaupt oder einzelnen Klassen derselben oder Besitzern von Grundstücken in ihrer Markung zustehen, durch Klage geltend zu machen oder zur Abwehr von Ansprüchen, die gegen dieselben erhoben werden, negatorisch zu klagen.[12]

b) Da nach römischem Sozietätsrecht die gesellschaftlichen Rechte zwischen den Gesellschaftern geteilt sind, gibt es nach diesem Recht kein besonderes Gesellschaftsvermögen. Das deutsche Recht dagegen hat das Band unter den Gesellschaftern fester geschlungen in den Gemeinschaften zur gesamten Hand. Der Name ist einem tatsächlichen Vorgang entnommen, der Vereinigung der Hände bei Begründung des Rechtes der Genossen, wie sie im Mittelalter üblich war.

---

9) § 5 J. de societate 3, 25.

10) l. 14 D. pro socio 17, 2.

11) Hierüber vgl. vorzugsweise Gierke, Genossenschaftstheorie.

12) Haubold opuscula tom. II. p. 547. Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 8 S. 195 ff. Seuff. A. Bd. 1 n. 1, Bd. 16 n. 97. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 205. Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung d. Rechtskraft 1901 § 70 S. 518. Das Urteil für und gegen die Gemeinde hat Rechtskraft gegenüber den Gemeindegliedern. Das Recht einzelner geltend zu machen, daß das für die Gesamtheit rechtskräftig Festgestellte ihr Grundstück aus einem besonderen Grunde nicht trifft, bleibt dabei unberührt.

Dies Symbol ist längst außer Gebrauch. Das rechtlich Eigentümliche der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Gemeinsamkeit des Rechts an dem Gesellschaftsgut, hat sich erhalten. Hier findet sich keine Teilung unter den Gesellschaftern. Das ganze gesellschaftliche Gut ist vielmehr ungeteiltes Gut der Genossen. Infolgedessen bildet es ein Sondergut, welches sich von dem privaten Vermögen der Genossen rechtlich scheidet.[13]

Zwischen den Gegensatz des einheitlichen und geteilten Rechtes, auf den sich das römische Recht beschränkt, stellt das deutsche und moderne Recht also ein drittes, nämlich das Gesamtrecht der Gesellschafter.[14]

c) Zahlreiche Gesellschaften haben sich weitere korporative Eigentümlichkeiten angeeignet, die nach den besonderen Zwecken der einzelnen bald überwiegen, bald weniger einschneidend sind.

Die Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die eingetragenen Genossenschaften sind Korporationen.[15]

Nur einzelne korporative Eigentümlichkeiten haben dagegen die offenen Handelsgesellschaften, bei welchen mehrere Personen unter einer gemeinsamen Firma mit persönlicher Haftung ein Handelsgewerbe betreiben. Dieselben sind keineswegs, wie manche behaupten, juristische Personen, sondern Gesellschaften. Ihr Vermögen gehört den Gesellschaftern, diesen fließen die Nutzungen zu, die Verwaltung ist eine gesellschaftliche. Dennoch sind diese Gesellschaften befugt, als Einheit unter ihrer Firma Eigentum zu erwerben, als Einheit zu klagen und verklagt zu werden.[16]

Solchen Bildungen des deutschen Rechts fehlt freilich die strenge Konsequenz und logische Einheitlichkeit des römischen Rechts und es entstehen leicht auch in der Rechtsanwendung Zweifel, wie weit das korporative Element reicht. Aber die Assoziationen können sich hier mehr den Anforderungen des Lebens anschmiegen, sich freier, lebendiger, nützlicher entfalten, als unter dem Bann der formalen Logik des römischen Rechtes.

---

13) Heusler, Institutionen des deutschen Rechts Bd. 1 S. 223 und Gierke a. a. O. insbesondere S. 339, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 80.

14) Dieser Art ist die Gesellschaft des B.G.B. § 705 ff.

15) Das hat sich der preußische Fiskus zu nutze gemacht, er besteuert einmal das Einkommen, welches die „Aktiengesellschaft" aus dem Unternehmen bezieht, und außerdem das Einkommen, welches die „Aktionäre" aus dem Unternehmen zu beanspruchen haben. Vgl. hierüber Bürg. R. Bd. 1 § 69 Anm. 4 S. 183 und über die genannten Handelsgesellschaften überhaupt §§ 80 ff.

16) H.G.B. § 124. Literatur „für" und „gegen" die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaften siehe bei Gierke a. a. O. S. 48 ff. „Für" neuerdings Affolter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 1.

§ 62. Anstalten und Stiftungen.

Außer den Korporationen können Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sein.[1]

1. Eine Anstalt mit juristischer Persönlichkeit, wie bemerkt, ist der Fiskus. Juristische Persönlichkeit haben ferner gewisse dem Staate oder Gemeinden zugehörige Anstalten. Zu solchen Staatsanstalten gehören derzeit die Universitäten. Allerdings haben sie sich bis heute korporative Einrichtungen erhalten; aber reine Korporationen, wie dereinst im Mittelalter, sind die Universitäten nicht mehr.

Kirchsprengel, Bischofsstühle, Seminarien und andere Organisationen der protestantischen Landeskirchen und der katholischen Kirche sind gleichfalls Anstalten mit juristischer Persönlichkeit.[2]

2. Eine Unterart der Anstalten sind die Stiftungen. Es sind solche Anstalten, die vorzugsweise mit Vermögensmitteln den ihnen vorgezeichneten Zweck erfüllen sollen. Seit der christlichen Kaiserzeit erwuchsen im römischen Reiche zahlreiche milde Stiftungen — piae causae — z. B. Armen-, Waisen- und Krankenhäuser mit selbständiger Persönlichkeit.[3 4] Die neuere Zeit kennt außerdem Stiftungen zu anderen nützlichen Zwecken, insbesondere zu künstlerischen und literarischen. Auch Familienstiftungen kommen vor, welche sich auf das Interesse einer Familie beziehen.

Die Stiftung ist eine für die Dauer berechnete Anstalt mit selbständiger Rechtsfähigkeit, welche behufs Erreichung eines bestimmten Zweckes mit Vermögensmitteln ausgestattet wird. Den Stiftungen tat-

1) Früher identifizierte die Theorie die Korporationen mit den juristischen Personen, vgl. Roth in Jherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 188 Anm. 1. Savigny Bd. 2 S. 242 unterscheidet Korporationen und Stiftungen. Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 60 unterscheidet Körperschaften u. Anstalten, zu den letzteren rechnet er auch die Stiftungen. Dem ist beizutreten, anders unsere früheren Auflagen.

2) Vgl. oben § 60.

3) Roth, über Stiftungen in Jherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 197 nimmt an, die piae causae hätten im römischen Rechte nicht eine selbständige Persönlichkeit gehabt, es habe bloß, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, eine von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit bestanden. Indessen durfte der Stifter selbständig Administratoren ernennen oder die Ernennung Dritten, z. B. Erben, übertragen, und die Bischöfe hatten nur die Aufsicht. Die restituierte l. 45 § 3 C. de episcopis 1, 3 besagt: verum si quos specialiter defuncti rebus praeposuerunt, illos administrationem habere sinant neque ipsi administrent, sed inspiciant. Nov. 131 cap. 10. Die Administratoren vertraten die Stiftung in Rechtsgeschäften und Prozessen, l. 48 § 1 C. de episcopis 1, 3. Hierin liegt die selbständige Persönlichkeit der piae causae offen vor.

4) Über Stiftungen vgl. Gierke, d. Privatr. § 78, Schloßmann in Jherings Jahrb. Bd. 27, Kohler, Arch. Bd. 3 S. 228. Stiftungen zu milden Zwecken sind besonders privilegiert. Insbesondere gilt dies für letztwillige Verfügungen zu ihren Gunsten.

sächlich naheſtehend, juriſtiſch aber von ihnen durchaus verſchieden ſind Zuwendungen, welche einem beſtehenden Rechtsſubjekte, z. B. dem Fiskus, einer Gemeinde, einer Kirche, einer Univerſität zu beſtimmtem Zwecke gemacht werden.[5]

Der Stifter und ſeine Erben ſind befugt, die ſtiftungsmäßige Verwendung der Stiftsgelder zu fordern.[6] Es beſteht ferner öffentlich-rechtliche Pflicht zu ſtiftungsmäßiger Verwendung, ſo daß die Aufſichtsbehörde bei Zuwiderhandlungen einſchreiten kann.[7]

3. Die ruhende Erbſchaft, d. h. der Nachlaß eines Verſtorbenen vor Antritt des Erben, repräſentiert den Erblaſſer. Es iſt alſo eine gedachte Perſon Träger der Rechte und Pflichten der ruhenden Erbſchaft.

Hierin liegt ihre Ähnlichkeit mit den juriſtiſchen Perſonen. Im übrigen findet ſich nichts Verwandtes. Die juriſtiſche Perſon beſteht um allgemeiner Zwecke willen, die ruhende Erbſchaft wird im Intereſſe des einzelnen Individuums, nämlich des Erben, perſonifiziert. Die juriſtiſche Perſon iſt in der Regel für die Dauer, die ruhende Erbſchaft nur für eine Übergangszeit beſtimmt. Die Rechtsnormen, welche die juriſtiſche Perſon beherrſchen, ſind auf die ruhende Erbſchaft nicht anwendbar.[8]

---

5) Vgl. hierüber Regelsberger Bd. 1 § 87 I, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 150. — Iſt dies Vermögen, wenn tatſächlich geſondert, dem Zugriff der Gläubiger des „Fiduziars" entzogen? Vgl. Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 u 3.

6) Es ſteht dem Stifter und ſeinen Erben Klage auf Rückgabe des Stiftungsvermögens — condictio sine causa — aber auch Klage auf Verwendung für die Stiftungszwecke offen. Wird aber die Stiftung durch die Aufſichtsbehörde infolge ihres Reformationsrechtes zu einer anderen als der ſtiftungsgemäßen Verwendung genötigt, ſo wird es unmöglich, dem Stiftungswillen Genüge zu tun, dem müſſen ſich auch die Erben des Stifters fügen. Sie haben dann weder Klage auf Erfüllung noch auf Rückgabe.

7) Den Stiftungen analog zu behandeln ſind die in der modernen Zeit häufiger durch „Sammlungen" pekuniär begründeten „gemeinnützigen Unternehmen" z. B. zur Errichtung eines Denkmals für einen großen Mann. Die eingezahlten Beiträge gehören dem „Unternehmen". Sie gehen aus dem Eigentum der Beiſteuernden heraus und werden gleichwohl nicht Eigentum der Sammler, ſo daß dieſe ſie ungeſtraft unterſchlagen dürften. Sie ſind noch viel weniger herrenlos und damit gegen Diebſtahl und Unterſchlagung vogelfrei — was Regelsberger Bd. 1 § 87 Anm. 8 irrig als meine Anſicht bezeichnet. Die Sammler vertreten das Unternehmen und ſchließen für dasſelbe Verträge, durch welche ſie ſich perſönlich nicht verpflichten. — Die Auffaſſungen ſind freilich ſehr geteilt. Es handelt ſich um eine neuerdings hervorgetretene rechtliche Erſcheinung, welche weder geſetzlich noch gewohnheitsrechtlich geregelt iſt; daher iſt ſie nach der „Natur der Sache" zu beurteilen, vgl. Bekker Bd. 2 S. 283, Regelsberger, a. a. O. und Streifzüge in d. Gött. Feſtgaben f. Ihering 1892 S. 70, Iſay in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 409. B.G.B. § 1914 geſtattet die Beſtellung eines Pflegers für ein derartiges Vermögen, wenn die zu der Verwaltung und Verwendung berufenen Perſonen weggefallen ſind. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 94 S. 288.

8) Meiſtens behaupten die Neueren die ruhende Erbſchaft ſei eine juriſtiſche Perſon. Aber die hierfür angeführte — oben § 59 Anm. 8 abgedruckte — l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 zieht nur eine Parallele zwiſchen den Verhältniſſen. Es

B. Entstehung und Ende.

§ 63. Begründung der juristischen Person.

Die juristische Persönlichkeit liegt im Wesen gewisser Organisationen, so daß sie ihnen von ihrer Entstehung an notwendig innewohnt. Hiervon abgesehen bedarf sie besonderer Begründung.

1. Die selbständige Vermögensfähigkeit ist ein wesentliches Attribut des Staates. Bildet sich ein neuer Staat, so steht ihm folglich unmittelbar juristische Persönlichkeit zu. Als daher der norddeutsche Bund und später das deutsche Reich geschaffen wurden, hatten sie vom Augenblicke ihrer Existenz an juristische Persönlichkeit.

Nicht weniger wesentlich ist die selbständige Persönlichkeit den Gemeinden. Entsteht also eine neue Gemeinde gemäß der staatlichen Ordnung, so ist sie ohne weiteres juristische Person. Auch eine Kirche hat selbständige Persönlichkeit, wenn sie, neu gestiftet, vom Staate anerkannt ist.

Historisch hergebracht ist die juristische Persönlichkeit der Universitäten; auch anderen staatlichen Anstalten, z. B. Gymnasien, Banken teilt sie der Staat nach Bedürfnis zu.

2. Private können Privatkorporationen und Stiftungen in das Leben rufen. Sie begründen eine Korporation, wenn sie sich zu erlaubten Zwecken unter einer korporativen Verfassung vereinigen;[1] sie erschaffen Stiftungen, wenn sie entweder durch letztwillige Verfügung oder durch einen Stiftungsakt unter Lebenden Vermögen zu einem nützlichen Zwecke aussetzen und ihm eine selbständige Verwaltung geben.[2]

Bedarf es außerdem einer besonderen Verleihung der Persönlichkeit durch die Staatsgewalt?[3] Viele erachten dies als

---

liegt kein Grund vor, weiter zu gehen und die hereditas jacens den juristischen Personen unterzuordnen. Siehe auch Dusi la eredità giacente 1891, insbes. S. 62, 116.

1) l. 85 D. de V. S. 50, 16 Marcellus libro 1 digestorum. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est. Vgl. hierzu die lex Ursonensis (Bruns fontes ed. VI p. 123) cap. 67. Man will jedoch auch Begründung einer Korporation durch zwei Personen verstatten. Windscheid § 60 Anm. 6, Arndts § 44 Anm. 2.

2) Auch die Stiftung unter Lebenden ist ein einseitiger Akt, nicht wie R.G. Bd. 5 S. 145 ausführte, ein Vertrag, welcher die Annahme seitens der Stiftungsorgane fordert. Das R.G. a. a. O. schloß aus seiner Auffassung, daß die Formen einer Schenkung notwendig seien. Literatur über diese Frage siehe bei Regelsberger Bd. 1 § 88 Anm. 16. Nach B.G.B. § 81 ist das „Stiftungsgeschäft" ein einseitiger schriftlicher Akt; bis zur Erteilung der staatlichen Genehmigung ist der Stifter zum Widerruf der Stiftung befugt. Bürg. R. Bd. 1 § 92 S. 280.

3) Die Frage ist eine alte. Die Glossatoren forderten für Korporationen in Gemäßheit der römischen Gesetze staatliche Erlaubnis, was dann allerdings vielfach mit staatlicher Verleihung der Korporationsrechte identifiziert wurde, vgl. Gierke Bd. 3 S. 206, S. 288, S. 368, dagegen kamen bereits die Postglossatoren im wesentlichen auf freie Konstituierung der collegia voluntaria ohne obrigkeitliche Genehmigung,

begrifflich notwendig. Die juristische Person, behaupten sie, sei etwas Künstliches, um deswillen also nur durch besondere Staatsakte in das Leben zu rufen. Der Grund ist nicht zutreffend. Korporationen und Stiftungen sind durch die Organisation der menschlichen Gesellschaft geforderte und in ihr wurzelnde Bildungen. Daher entwickeln sie sich naturwüchsig und man weiß in älteren Rechtszuständen von besonderer staatlicher Konzession nichts. In späteren Epochen wird oft Genehmigung erfordert, aber nur aus polizeilichen Gründen. So geschah es namentlich in Rom.

Zur Zeit der römischen Republik durften sich Privatkorporationen frei bilden.[4] Aus politischen Gründen verboten aber Vereinsgesetze von Julius Caesar und Augustus die Vereine, außer bestimmten althergebrachten Korporationen.[5] Man knüpfte infolgedessen jede neue Vereinsbildung an besondere Genehmigung des Senates oder des Kaisers. Dies galt auch für Vereine ohne korporativen Charakter. War aber ein Verein mit korporativer Verfassung zugelassen, so hatte er ohne weiteres die Rechte juristischer Persönlichkeit.[6] Einer besonderen Verleihung der Korporationsrechte durch den Staat bedurfte es also auch in der Kaiserzeit nicht.

Gierke a. a. O. S. 438. Unter den Neueren sind die Ansichten sehr geteilt. Mit der Ansicht des Textes stimmen überein Beseler P.R. § 67, Windscheid § 60, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 63. Der entgegengesetzten Ansicht sind Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 5, Kierulff S. 132, Savigny Bd. 2 S. 275, Stobbe Bd. 1 § 52 Anm. 6. Bei Stobbe ist die Literatur zusammengestellt. Vgl. noch Hellmann im Archiv f. z. Pr. Bd. 78 S. 381.

4) Eine Handhabe gab die Zwölftafelgesetzgebung, l. 4 D. de collegiis 47, 22. Karlowa, röm. Rechtsg. Bd. 2 S. 65. Die Ansichten sind übrigens geteilt. Vgl. einerseits Pernice, Labeo Bd. 1 S. 290, andererseits M. Cohn, Vereinsrecht S. 27 und Gierke Bd. 3 S. 80 Anm. 67. Bei Gierke finden sich ausgiebige Literaturanstalten.

5) l. 1 pr. D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Vgl. über die leges Juliae Pernice, a. a. O. S. 299. Das Verbot bezog sich hiernach ursprünglich nur auf die collegia, nicht auf die societates der Publikanen, und war zunächst nur für Rom erlassen. Jedoch wurde es durch Senatuskonsulte und kaiserliche Konstitutionen über die ursprünglichen Grenzen hinausgeführt.

6) Vgl. l. 1 § 1 D. h. t. 3, 4 Gajus libro 3 ad edictum provinciale. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat. Siehe ferner l. 20 D. de rebus dubiis 34, 5 Paulus libro 12 ad Plautium ... nulla dubitatio est quod, si corpori cui licet coire, legatum sit, debeatur ... Arndts § 44 Anm. 4, Windscheid § 60 Anm. 3, Pernice a. a. O. S. 303 nehmen demzufolge mit Recht an, daß eine Verleihung der Korporationsrechte nicht stattfand, daß diese Rechte vielmehr nur eine Konsequenz des freigegebenen Assoziationsrechtes bilden. Anderer Ansicht ist freilich Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 97 Anm. 219, welcher zwar zugesteht, daß seine Gegner zum Teil den Wortlaut des corpus juris für sich hätten, aber vermeint, sie setzten sich mit dem Geiste der Quellen in Widerspruch.

In Deutschland rezipierte man die römischen Vereinsgesetze mit ihren Beschränkungen und Verboten nicht. Daher war gemeinrechtlich Zusammentreten zu Vereinen und insbesondere auch zu Korporationen gestattet, ohne daß besondere Staatsgenehmigung erforderlich war.[7 8 9]

3. Bezüglich der Stiftungen ist in den römischen Quellen nirgends von Staatsgenehmigung die Rede.[10] Sie hätte den Tendenzen der christlichen Kaiserzeit Roms, welche die milden Stiftungen möglichst begünstigte, nicht entsprochen. Auch gemeinrechtlich bedurfte es ihrer daher nicht.[11]

Das B.G.B. § 80 fordert für Stiftungen Staatsgenehmigung.

§ 64. Ende der juristischen Person.

A. Die juristische Person ist in ihrer normalen Gestalt auf die Dauer angelegt. Die Begründung einer juristischen Person bloß auf Zeit oder bis zur Erreichung gewisser Zwecke ist etwas Außergewöhn-

---

7) Landesrechtlich war überwiegend staatliche Verleihung für den Erwerb der Korporationsrechte gefordert. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 65 Ziff. V, 2 S. 168.

8) Das B.G.B. § 21 knüpft die Korporationsrechte nichtwirtschaftlicher Vereine — oben § 60 Ziff. 3 — an Einhaltung gewisser gesetzlicher Bedingungen — sog. Normativbestimmungen — und Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Aber wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, so hat die Verwaltungsbehörde das Recht des Einspruchs gegen die Eintragung sowie das Recht, dem eingetragenen Vereine die Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen. B.G.B. § 61 Abs. 2, § 43 Abs. 3. Bürg. R. Bd. 1 § 75 S. 204.

9) Privatvereine mit veränderlicher Mitgliedschaft und korporativer Verfassung, welche staatlich nicht als Korporationen anerkannt sind und deshalb bloß erlaubte Gesellschaften bilden, konnten nach der Praxis immerhin als Einheit klagen und verklagt werden. Damit war bis zu einem gewissen Grade ihre Rechtsfähigkeit anerkannt, sie bildeten also Halbkorporationen. R.G. Bd. 4 S. 56, Bd. 8 S. 156, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 56. So auch C.P.O. §§ 50 Abs. 2, 735 für die nach B.G.B. nicht rechtsfähigen Vereine, jedoch nur hinsichtlich der passiven Parteifähigkeit.

10) Die nov. 67 und nov. 131 cap. 7 verlangen allerdings zur Grundsteinlegung von Bethäusern und Klostergebäuden die Gegenwart und das Gebet des Bischofes. Hierin sieht Gierke Bd. 3 S. 121 — ähnlich wie früher Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 17 — die Notwendigkeit der Genehmigung der milden Stiftungen durch die Kirchenoberen, die in dieser Richtung unbedenklich als Organe der Staatsgewalt angesehen werden könnten. Es ist offenbar, daß jene Novellen nicht ausreichen, um so weittragende Schlüsse zu rechtfertigen. Die restituierte l. 45 C. de episcopis 1, 3 gibt vielmehr zu erkennen, daß die milden Stiftungen auch ohne bischöfliche Genehmigung in Kraft traten. Übrigens war die Frage, ob Stiftungen gemeinrechtlich der staatlichen Genehmigung bedürfen, eine höchst bestrittene. Für deren Notwendigkeit erklärt sich Vangerow Bd. 1 § 60, Savigny Bd. 2 S. 276; dagegen Puchta § 28, Windscheid § 60.

11) Die Frage wurde vorzugsweise streitig bei Gelegenheit des Testamentes des Frankfurter Bürgers Städel, welcher ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zum Erben einsetzte, so daß erst nach seinem Tode obrigkeitliche Genehmigung eingeholt wurde. Vgl. Elvers, testamentarische Erbfähigkeit 1827, Mühlenbruch, rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles 1828.

liches. Doch ist es nichts Unmögliches.[1] Die juristische Person erlischt dann mit dem Termine, sowie mit der Erreichung ihrer Zwecke.[2]

Hiervon abgesehen erlischt die juristische Person gemeinrechtlich:

1. mit Wegfallen ihrer Grundlage.

a) Die Korporation insbesondere hört auf, wenn Korporationsmitglieder nicht mehr vorhanden sind. Dagegen genügt das Übrigbleiben eines Mitgliedes.[3] Ob und in welchen Formen Auflösungsbeschlüsse rechtsgültig sind, bestimmt sich in erster Linie nach der besonderen Verfassung der Korporation. Ist hierüber nichts vorgesehen, so ist Einstimmigkeit vonnöten; denn ein Auflösungsbeschluß liegt außerhalb des Regelrechten.[4] Ob Staatsgenehmigung zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses erfordert ist, richtet sich gleichfalls in erster Linie nach dem besonderen Rechte der Korporation. Hiervon abgesehen ist Staatsgenehmigung zur Aufhebung öffentlicher, nicht aber privater Korporationen nötig.[5]

b) Eine Stiftung erlischt, wenn deren Organe wegen Erschöpfung des Stiftungsvermögens ihre Tätigkeit einstellen müssen.[6]

c) Staatliche Anstalten, z. B. ein Gymnasium, enden, wenn sie der

---

1) Vgl. oben § 62 Anm. 7.

2) Vgl. jedoch Regelsberger § 85 S. 335, Kipp bei Windscheid § 61 Anm. 1 b S. 246.

3) l. 7 § 2 D. quod cujuscumque univ. 3, 4 Ulpianus libro 10 ad edictum ... sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Savigny Bd. 1 S. 280 erachtet es als einen irrtümlichen Schluß, daß der Tod aller Mitglieder die Korporation notwendig auflösen müsse. Wo ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zu Grunde liege, müsse dies verneint werden. Mit Recht erwidert Brinz a. a. O. 1. Aufl. S. 1147: „Wie lange sich die Korporation nach dem Aussterben der Glieder erhält, ist nicht gesagt. Und soll der neu Eintretende sich selbst aufnehmen? Die Korporation kann nicht ohne Personen gedacht werden." Schwankend aber 2. A. Bd. 3 § 454 Anm. 10. Anders ist es nur, wenn in Wahrheit nicht eine Korporation, sondern eine Anstalt vorhanden ist. Die Glossatoren ließen die Korporationen mit Wegfall ihrer sämtlichen Glieder erlöschen, Gierke Bd. 3 S. 237; anders die Kanonisten, da ihnen die kirchlichen Korporationen zu Anstalten wurden, Gierke a. a. O. S. 350. Die Postglossatoren unterschieden danach, ob eine „spes refectionis" bleibe, vgl. Gierke S. 497 und über die älteren deutschen Praktiker S. 745. Die vorübergehende Zerstreuung der Mitglieder einer Korporation, z. B. infolge von Krieg oder von Revolution ist natürlich ohne rechtliche Bedeutung. Nach B.G.B. § 75 ist „eingetragenen" Vereinen die Rechtsfähigkeit zu entziehen, wenn die Mitgliederzahl unter 3 herabsinkt.

4) Die Frage ist bestritten. Der hier verteidigten Ansicht ist Stobbe Bd. 1 § 54 Anm. 9, Windscheid § 61 n. 2, dagegen Regelsberger Bd. 1 § 86 Anm. 11, Gierke, Deutsch. Privatr. 1 § 70 S. 561. Nach B.G.B. § 41 genügt $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

5) Ist Auflösung durch stillschweigendes Einverständnis aller Glieder statthaft? Dagegen Hellmann a. a. O. S. 385. Manche fordern Staatsgenehmigung des Auflösungsbeschlusses schlechthin. Aber ein gemeinrechtlicher Rechtssatz, welcher dies bestimmt, läßt sich nicht nachweisen.

6) Vgl. Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 66.

Staat eingehen läßt; kirchliche, wenn sie durch rechtsgültige Beschlüsse der geistlichen Oberen eingezogen werden.

2. Staatliche Entziehung der Rechtsfähigkeit beendet die juristische Person gleichfalls.[7] Sie ist durch Gesetz, aber auch, soweit die juristische Person nicht durch Gesetz begründet oder gewährleistet ist, durch Akte der Verwaltung möglich. Sie geschieht bei Korporationen durch deren Auflösung. Denkbar ist auch, daß der Staat einen Verein bestehen läßt, aber ihm die selbständige Rechtsfähigkeit nimmt.[8]

B. Im Anschluß an alte Doktrinen[9] besteht das Gewohnheitsrecht, daß das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person dem Fiskus wie eine Erbschaft zukommt,[10] daß der Fiskus aber zu dessen Verwendung für verwandte Zwecke staatsrechtlich verpflichtet ist.[11 12] Erworbene Rechte einzelner an dem ihm anfallenden Vermögen hat der Fiskus zu achten.

Statuten sowie rechtsgültige Beschlüsse können natürlich über die Nachfolge in das Vermögen oder dessen Verteilung auch andere Bestimmungen treffen.

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 65. Die Rechtsstellung der juristischen Person.

1. Zahlreiche juristische Personen sind Träger öffentlicher Rechte und Pflichten. An diesem Orte aber ist nur ihre privatrechtliche Stellung zu behandeln.

Die juristische Person ist fähig zu Vermögensrechten jeder Art.[1]

---

7) Vgl. l. 56 D. de usufructu 7, 1 verb. „nec facile capitis deminutione periturus est". Über die Entwicklung der Theorie bei den Neueren siehe Gierke a. a. O., namentlich S. 498. Vgl. B.G.B. § 43.

8) Vgl. B.G.B. §§ 43, 73.

9) Die l. 3 D. de collegiis 47, 22, wonach die Gelder aufgelöster Kollegien unter die Mitglieder verteilt werden sollen, bezieht sich nur auf unerlaubte Vereinigungen, die eben deshalb keine Korporationsrechte haben.

10) Vgl. B.G.B. § 45 Abs. 3. Über die Ansicht der Glosse vgl. Gierke a. a. O. S. 237; zur Zeit der Postglossatoren war das Recht des Fiskus bereits anerkannt, Gierke a. a. O. S. 499.

11) Dies ist namentlich für fromme Stiftungen alten Rechtens. Vgl. die auf Bartolus gestützten Ausführungen von Juristen des Reformationszeitalters bei Gierke a. a. O. S. 714. Das R.G. geht von derselben Auffassung aus und hat hierin die Zustimmung von Bähr gefunden, Bähr, Urteile des Reichsgerichts 1883 S. 14.

12) Erstreckt sich das Recht des Staates im Fall der Aufhebung einer juristischen Person, die ihm durch ihren Sitz angehörte, auch auf deren im Auslande belegenes Vermögen? Man wird dies im Verhältnis der deutschen Staaten untereinander bejahen müssen vgl. instrumentum pacis Osnabrucensis art. V. § 47, Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 36, Seuffert, Archiv Bd. 26 n. 147. Im Verhältnis zu nichtdeutschen Staaten besteht ein entsprechender Satz nicht.

Sie ist nicht fähig zu Familienrechten, z. B. nicht zu einer Kindesannahme, auch nicht zur Übernahme einer Vormundschaft.[2] Eine Vollmacht kann ihr aber erteilt, eine Testamentsvollstreckung aufgetragen werden. Die juristische Person entbehrt auch die Rechte der Persönlichkeit nicht.[3]

2. Die Verfassung zahlreicher Korporationen beruht auf besonderen *Gesetzen*. Gemeindegesetze regeln z. B. das Recht der Stadt- und Landgemeinden, die Gewerbeordnung das der Innungen.

Soweit zwingende Gesetze nicht eingreifen, sind die *Statuten* — Vereinssatzungen — der Korporation maßgebend, d. h. autonomische Festsetzungen über die Korporationsverfassung. Solche Statuten gibt sich die Korporation namentlich bei ihrer Gründung; sie können auch später nach Maßgabe ihrer Verfassung vereinbart werden.

Bei Stiftungen bildet der Wille des Stifters, wie er sich in der Stiftungsurkunde ausspricht, das Statut.

Bedeutung hat für Korporationen und Stiftungen auch das *Herkommen*. Es dient zur Erläuterung der Statuten und Stiftungsurkunden und zur Ergänzung derselben im Fall von Lücken.[4]

Von den Korporationen mit *geordneter Verfassung* — ordinatae — unterscheidet man solche *ohne Verfassung* — inordinatae. Werden bei denselben durch besondere Verhältnisse Beschlüsse nötig, so muß sie die Mehrheit fassen in einer Versammlung, zu welcher alle Genossen gehörig zu laden sind. Die Berufung geschieht seitens des Vorstandes oder, wenn es an einem solchen fehlt, seitens der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Lücken in der Verfassung der Stiftung, die bloß die Ausführung des Statuts betreffen, mag die Stiftsverwaltung ausfüllen. Lücken anderer Art müssen durch die Aufsichtsbehörde ergänzt werden.

3. Soweit Gesetz oder Statut nichts anderes bestimmen, ist das oberste Organ der Korporation die gehörig berufene Versammlung der Korporationsgenossen, s. g. Generalversammlung. Die Beschlüsse der Mehrheit derselben sind in der Regel maßgebend.[5] Aber die *Auf-*

1) Über die Erbfähigkeit der juristischen Personen ist im Erbrecht zu sprechen.

2) Der Geschichte sind freilich derartige Dinge nicht fremd. Die Republik Venedig hat mehrfach Fürstinnen als Töchter der Republik erklärt. Auch die Führung von Vormundschaften über unmündige Fürsten durch Staaten ist vorgekommen, z. B. über Wilhelm von Oranien.

3) Vgl. oben § 22 Anm. 8.

4) Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 19.

5) l. 160 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 76 ad edictum. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. Für die Versammlungen der römischen Dekurionen bestand der Satz, daß zur Beschlußfähigkeit die Anwesenheit

hebung der Korporation und die Änderung ihrer Grundbestimmungen bezüglich ihres Zwecks und ihrer Organisation bedarf der Einstimmigkeit; denn jeder Korporationsgenosse hat auf Erhaltung der Korporation in ihrem wesentlichen Bestande ein Recht als Mitglied. Für Änderungen der Verfassung im einzelnen kann dies nicht gelten, denn die Korporation muß sich den Zeitumständen und der Erfahrung gemäß weiter bilden können.[6]

In der Regel hat die Korporation einen Vorstand,[7] welcher die Versammlungen der Korporationsgenossen beruft und leitet, die Korporationsangelegenheiten verwaltet und die Korporation nach außen repräsentiert. Nicht selten hat die Korporation ferner Beamte, welche für sie innerhalb ihres Amtskreises handeln.

4. Die Korporationsgenossen haben als solche ein Recht auf Mitgliedschaft[8] und auf Teilnahme an Vermögensvorteilen und Verwaltung, soweit sie den Korporationsgliedern verfassungsmäßig oder statutarisch allgemein zukommt.

Nicht selten haben einzelne Genossen auch Sonderrechte — jura singulorum — bezüglich des Vermögens oder auch der Verwaltung. Diese Rechte sind scharf von bloßen tatsächlichen Vergünstigungen zu unterscheiden. Vergünstigungen kann die Korporation durch ihre Beschlüsse einseitig, Sonderrechte kann sie nur unter Zustimmung des Sonderberechtigten aufheben oder mindern.[9]

5. Der Staat hat ein Aufsichtsrecht über die juristischen Personen. Dasselbe geht so weit, daß er ihre Verfassung ändern darf und

von $^2/_3$ sämtlicher Mitglieder erfordert sei, l. 2, l. 3 D. de decretis ab ordine faciendis 50, 9, l. 3 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. In der Praxis suchte man sehr häufig hierin eine allgemeine Regel für alle Versammlungen von Korporationsgenossen, oder man verlangte wenigstens die Anwesenheit von $^2/_3$ bei Bestellung eines Prozeßvertreters — des Syndikus. Dieser Praxis ist namentlich Savigny entgegengetreten. Sie findet derzeit wohl keine Verteidiger mehr. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 14 n. 200.

6) Vgl. R.G. Bd. 25 S. 152. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 463, Regelsberger Bd. 1 S. 325. B.G.B. § 33 verlangt zur Änderung des Statuts eines Privatvereins und zur Auflösung des Vereins $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen, zur Änderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller — auch der nicht erschienenen — Mitglieder.

7) Nach B.G.B. § 26 muß der Verein einen Vorstand haben.

8) Über das Recht der Mitgliedschaft vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 69 Ziff. V ff. S. 183. Gegen Ausschließung steht in der Regel der Rechtsweg offen, vgl. aber R.O.H.G. Bd. 23 S. 381, Seuff. A. Bd. 48 n. 4. Anders bei geistlichen Korporationen. R.G. Bd. 26 S. 277.

9) B.G.B. § 35, Bürg. R. Bd. 1 S. 183. In Bezug auf die Ausübung der Sonderrechte ist die Korporation — oder Genossenschaft — einseitig zu Anordnungen befugt, sofern das Vorrecht der Sonderberechtigten dem Wesen nach erhalten bleibt. Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. 3 S. 48, auch bei Seuffert, Bd. 13 n. 124.

daß er die Verfolgung anderer Ziele als der statutarischen fordern kann — jus reformandi. Der Staat kann die juristische Person sogar aufheben, wie bereits hervorgehoben wurde.

§ 66. Repräsentation der juristischen Person.

Die juristische Person wird durch ihren Vorstand, ferner durch Beamte innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises repräsentiert — *Organe der juristischen Person*.

Wieweit diese Repräsentation reicht, darüber besteht kein Einverständnis. Es ist namentlich streitig, ob die juristische Person durch *schuldhafte Handlungen* ihrer Organe verpflichtet wird. Die römischen Quellen verneinen dies ausdrücklich. Die Gemeinde haftet, erklärt Ulpian, nicht aus dem Dolus ihrer Verwalter, nur wegen etwaiger Bereicherung. Denn eine Gemeinde kann nicht dolos handeln.[1] Bei dieser Entscheidung hat man sich jedoch seit dem Mittelalter nicht mehr beruhigt. Schon die Glossatoren erklärten sich für die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen in gewissen Grenzen. Die Kontroverse ist seitdem nicht zur Ruhe gekommen. Die gemeinrechtliche Praxis schwankt,[2] und die Theorie ist zwiespältig. Denn einerseits widerspricht es dem Rechtsgefühle, die Entschädigungspflicht der juristischen Personen in Abrede zu stellen, falls ihre Organe durch Unterlassen oder Tun Dritte außerkontraktlich schädigen. Andererseits scheint doch der Satz Ulpians von überzeugender Kraft: „quid enim municipes dolo facere possunt?“[3]

Zur Lösung kann die Frage nur kommen durch die Erkenntnis, daß das *römische Recht* grundsätzlich auf einem *anderen Standpunkte steht, als das heutige*.

a) Grundsätzlich konnte man in Rom nur persönlich Rechtshandlungen vollziehen. Daher nahm man an, daß die Willenserklärungen ihrer Beamten die Korporation privatrechtlich nicht berechtigten noch ver-

1) l. 15 § 1 D. de dolo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur, et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Vgl. l. 4 D. de vi 43, 16. Nicht entgegen steht l. 9 § 1 D. quod metus causa 4, 2.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 234.

3) Die hervorragenden Romanisten stehen meist unter dem Banne Ulpians. So Savigny Bd. 2 S. 310, Vangerow Bd. 1 § 55. Doch ist Windscheid Bd. 1 § 59 Anm. 9, Bekker Bd. 1 S. 221 anderer Ansicht, vgl. auch Bekker in Iherings Jahrbüch. Bd. 12 S. 120. Bei Edgar Loening, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879, findet sich weitere Literatur. Loening selbst erklärt sich gegen die Haftung juristischer Personen für die außerkontraktliche Verschuldung ihrer Organe.

pflichteten. Dies galt wie für Delikte, so für Kontrakte. Hieraus ergab sich unter anderem der Satz, daß die Verwalter des Stadtvermögens bei Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde den Darlehnsgläubigern persönlich hafteten, die Stadtgemeinde aber aus dem Darlehen nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als es in ihren Nutzen verwendet war.[4]

Freilich war dies System gegenüber den Anforderungen des Lebens nicht vollständig durchführbar. Wo dieselben dringend wurden, half sich daher die Praxis durch Ausnahmen, für die man eine Erklärung nicht gab. Zum Besitzerwerb insbesondere ist der Besitzwille erfordert, welchen eine Korporation nicht haben kann. Deshalb sprachen viele römische Juristen der Korporation die Fähigkeit zum Besitzerwerb ab. Manche ließen nicht einmal Besitzerwerb durch Sklaven zu, weil die Korporation ihre Sklaven nicht besitze. Die Praxis durchhieb den Knoten; sie erkannte Besitzerwerb für die Korporation durch ihre Sklaven und durch Freie an. Eine wissenschaftliche Erklärung gelang nicht.[5] — Es verlangt ferner der Erwerb einer Erbschaft oder bonorum possessio den Erwerbswillen. Daß die Korporation solchen nicht hat, wird von den Juristen konstatiert, gleichwohl lassen sie den Erbschaftserwerb zu als bloße Singularität aus Nützlichkeitsgründen.[6]

b) Grundsätzlich verschieden ist die moderne Ansicht, wie sie zunächst im Mittelalter die Kanonisten anbahnten und die Postglossatoren weiterbildeten.[7] Hiernach wird die Korporation durch ihre Re-

4) l. 27 D. de rebus creditis 12, 1. Ulpianus libro 10 ad edictum. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur. Das Entsprechende bestimmt bezüglich der piae causae die nov. 120 cap. 6 § 3. Vgl. auch l. 4 D. quod jussu 15, 4. — Seit der Zeit der Postglossatoren hat man die l. 27 cit. vorzugsweise in der Art beseitigt, daß man in ihr lediglich eine Beschränkung der Zuständigkeit korporativer Vorsteher und Verwalter erblickte. Es soll hiernach die Korporation dann auch ohne versio verpflichtet werden, wenn die Gesamtheit selbst das Darlehen aufgenommen oder der Aufnahme zugestimmt oder eine Spezialvollmacht zur Aufnahme erteilt hat. Vgl. die bei Gierke Bd. 3 S. 400 Anm. 191 Angeführten. Savigny Bd. 2 S. 294 erklärt die Stelle natürlich richtig; aber er hält sie auch für praktisches gemeines Recht, was der Erfahrung zuwiderläuft.

5) l. 1 § 22 D. de a. vel. a. p. 41, 2. Paulus libro 58 ad edictum. Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt ... sed Nerva filius ait, per servum, quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quia ipsos servos non possideant. l. 2 D. eod. Ulpianus libro 70 ad edictum. Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint: idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur, vgl. l. 7 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Mit dem Zweifel, ob juristische Personen besitzen können, stand der Zweifel, ob ein furtum an ihren Objekten möglich sei, in Verbindung, l. 31 § 1 D. de furtis 47, 2.

6) l. 1 § 1 D. de libertis universitatium 38, 3. Ulpianus libro 49 ad edictum: movet enim, quod consentire non possunt. Ulp. fragm. XXII § 5.

7) Gierke Bd. 3 S. 331, S. 477, Stobbe § 94 Anm. 6 a.

präsentanten in ihrem Amtskreise vollständig vertreten. Der Wille, welchen die Organe der Korporation für diese äußern, gilt als der Korporationswille. Entsprechendes gilt für Stiftungen und Anstalten.

Von diesem Standpunkte aus mußte Theorie und Praxis zu anderen Ergebnissen kommen als die Römer. Die juristische Person wird durch die Handlungen und Unterlassungen ihrer Organe verpflichtet, soweit der Kreis der Zuständigkeit derselben reicht. Daß insbesondere die Gemeinde durch Darlehen verpflichtet wird, welche die Administratoren derselben im Kreise ihrer Befugnisse aufnehmen, daran zweifelt heutzutage im Ernste niemand mehr.

In gleicher Weise ist die römische Deliktsunfähigkeit der Korporationen als Ausfluß eines Prinzipes, welches das gemeine Recht verlassen hat, nicht mehr praktisch. Vielmehr gilt dolоses wie schuldhaftes Verhalten der Organe der Korporationen innerhalb der äußeren Grenzen ihres Amtskreises als eigene Verschuldung der Korporation.[8]

Dritter Abschnitt.

Von den Rechtsobjekten.

I. Vermögen und Vermögensbestandteile.

§ 67. Körperliche, unkörperliche Sachen.

Vermögen ist der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person.[1] Das Vermögen wechselt in seinen Bestandteilen, es kann sich mindern oder mehren. Dennoch behält es seine Identität als Inbegriff der geldwerten Güter des Vermögenssubjektes.

8) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 748, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 67 S. 528 ff. Zahlreiche Erkenntnisse stellt zusammen Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 3 n. 12. Es ist zu denselben noch hinzuzufügen ein Urteil des R.G. bei Fenner, Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 334, welches sich sehr entschieden für die Haftung der juristischen Person aus Delikten ihrer Vertreter ausspricht. Neuerdings hat R.G. Bd. 17 S. 105 einerseits die Haftung des Staates für Verschuldung seiner Beamten bei Funktionen öffentlich rechtlichen Inhalts verneint, andererseits für Verschuldung der Beamten bei den zum privatrechtlichen Bereich gehörenden Geschäften bejaht, so daß er deswegen unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, vgl. auch R.G. Bd. 29 S. 142 und bei Gruchot Bd. 37 S. 998, R.G. Bd. 32 S. 145, 39 S. 183. Vgl. über und gegen diese Unterscheidung Oertmann im Archiv für bürg. Recht Bd. 10 S. 193, Gierke in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 245 und Eck das. S. 287, Windscheid-Kipp § 59 Anm. 10. — Das B.G.B. §§ 31, 86, 89 erkennt zwar die Deliktsfähigkeit juristischer Personen an; doch erklärt das Einf.Ges. Art. 77, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Staates und der Gemeinden für den von ihren Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt bleiben. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 66 S. 171 ff.

1) Vgl. oben § 22 Anm. 2 und 3.

Die Vermögensbestandteile zerlegen die Römer

1. in körperliche Dinge — res corporales — und in unkörperliche — res incorporales.[2]

a) Körperliche Dinge sind die im Raume befindlichen Vermögensobjekte, also Grundstücke und bewegliche Sachen.[3] Nur körperliche Objekte sind im eigentlichen Sinne des Besitzes, der Tradition, der Ersitzung, des Eigentumes fähig.[4] S. g. Quasibesitz und Eigentum im weiteren Sinn findet sich freilich auch an Rechten.

b) Unkörperlich sind die Rechte, z. B. Servituten, Obligationen, Erbansprüche.

Indem man die körperlichen Dinge als Vermögensbestandteile bezeichnet, meint man im Grunde das Eigentumsrecht an denselben. Man identifiziert dabei das Eigentumsrecht mit der Sache, da es dieselbe total umspannt. Es wird also wie etwas Körperliches aufgefaßt, obgleich es in Wahrheit wie jedes andere Recht nur in der Idee besteht.

2. Auch die Einteilung in res mancipii und nec mancipii bezog sich auf die Vermögensbestandteile, nicht auf die körperlichen Sachen. Res mancipii waren italische Grundstücke, Sklaven, vierfüßige Zug- und Lasttiere, aber auch die Grundgerechtigkeiten landwirtschaftlicher Grundstücke;[5] res nec mancipii bildeten die Vermögensbestandteile anderer

---

2) pr. §§ 1 und 2 J. de rebus incorporalibus 2, 2, — Gaj. Inst. II § 12—14. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae, nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia, nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Vgl. l. 1 § 7 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die scharfe Unterscheidung der Vermögensbestandteile in körperliche und unkörperliche gehört erst den letzten Zeiten der Republik an. Vgl. Gaj. Inst. II § 54, Schrader: was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Cajus? S. 45. Siehe auch Zeitschrift für vergl. R.W. Bd. 2 S. 20. B.G.B. § 90 erklärt: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Vgl. über die Sachen Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 1 ff.

3) Geleitetes Gas ist körperliche Sache, daher ist Diebstahl an ihm möglich. Nicht anders ist es bezüglich des zu industriellen Zwecken domestizierten elektrischen Stroms. Vgl. Dernburg in der Deutsch. Juristenzeitg. 1896 S. 473, 1897 S. 76 ff. Dieselbe Ansicht vertrat die für das Gebiet des preußischen Rechts erlassene, in ihren Gründen aber über das preußische Recht hinausgehende Entsch. des R.G. Bd. 17 S. 271. Anders aber R.G. in Strafs. Bd. 29 S. 111, Regelsberger Bd. 1 § 96 u. a. Vgl. nunmehr Reichsgesetz vom 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit.

4) l. 3 pr. D. de a. vel. a. poss. 41, 2, Paulus libro 54 ad edictum: Possideri autem possunt quae sunt corporalia. l. 43 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Gaj. Inst. II §§ 19, 28. l. 9 D. de usurp. 41, 3.

Art, die körperlichen wie die unkörperlichen.[6] Für das altrömische Recht war diese Unterscheidung von größter Wichtigkeit; dem justinianischen Rechte gehört sie nicht mehr an.

§ 68. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen, Sachgesamtheiten und Sondervermögen.

1. Körperliche Sachen nennen wir *einheitliche*, wenn *alle ihre einzelnen Bestandteile notwendig dieselbe Rechtslage haben*.[1]

Darauf kommt es für den Begriff der Einheitlichkeit nicht an, ob die Sache aus gleichartigen Stoffen zusammengesetzt ist oder aus ungleichartigen. Es ist z. B. ein Pferd oder eine Topfpflanze im Rechtssinn eine einheitliche Sache, obgleich die physikalische Beschaffenheit ihrer einzelnen Bestandteile eine sehr verschiedene ist. —

Wie eine einheitliche Sache zu behandeln ist auch eine Vereinigung solcher Sachen, die *als einzelne ohne Wert sind*, z. B. Getreidekörner, Sand, ein Bienenschwarm.[2] Für den Verkehr kann hier nur die Masse in Betracht kommen. Deshalb gilt sie rechtlich als eine einheitliche Sache, trotzdem körperlich eine Vielheit besteht.

2. Verschiedene früher selbständige Sachen werden in mehreren Fällen der Art körperlich zu einem Ganzen verbunden, daß die einzelnen nicht notwendig *ihre frühere Rechtslage* vollständig aufgeben. Solche Sachen nennt man *zusammengesetzte*, corpus ex contingentibus. Es gehören hierher unter anderem Gebäude, ferner Schiffe oder ein Goldschmuck mit Edelsteinen oder Perlen. Sind nämlich in ein Gebäude fremde Materialien verbaut, oder in ein Schiff fremde Planken oder Maste verzimmert, oder in die Goldeinfassung fremde Kleinodien gefaßt, so verbleiben diese eingefügten Sachen ihrem ursprünglichen Eigentümer für den Fall einer Trennung. Die Gesamtsache wird also als

5) Gaj. Inst. II §§ 15 ff.

6) Gaj. Inst. II § 19.

1) Die Hauptstelle über die Einteilung der Sachen ist von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tria autem sunt genera corporum, unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapsis et similia: alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat quod συνημένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium, tertium quod ex distantibus constat ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex. Der Naturphilosophie der Stoiker ist, wie Goeppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen 1871 gründlich gezeigt hat, diese Einteilung der „corpora“ entnommen. Aber die Juristen haben sie nach den Bedürfnissen des praktischen Lebens und des Rechtes verwertet. Vgl. Brinz Bd. 1 § 144.

2) Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschr. Bd. 8 S. 117.

zusammengesetzte bezeichnet, nicht um der physikalischen Beschaffenheit, sondern der juristischen Behandlung ihrer Teile willen.

3. Körperlich selbständige Sachen, die für sich eigenen Wert haben, können wirtschaftlich zu einem Ganzen vereinigt sein, welches im Verkehr bis zu einem gewissen Grade als Einheit gilt. Die Römer haben hierfür die Bezeichnung corpus ex distantibus, die Neueren sprechen von Sachgesamtheiten — universitates facti.[3]

Die Sachgesamtheiten bilden zum Teil Naturganze, wie eine Herde, zum Teil werden sie durch besondere Veranstaltung der Besitzer geschaffen, wie eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung, ein Warenlager.[4]

Ist die Sachgesamtheit rechtlich als eine Einheit oder nur als eine Mehrheit körperlicher Sachen zu behandeln? Absolut in dem einen oder dem anderen Sinn läßt sich die Frage nicht entscheiden. Von der einen Seite angesehen, liegt eine Vielheit, von der anderen eine Einheit vor.

a) Daran ist festzuhalten, daß Besitz und Eigentum an den einzelnen Stücken besteht, welche die Sachgesamtheit bilden. Nähme man Eigentum an der Sachgesamtheit als solcher an, so fiele in dasselbe jedes Stück Vieh, welches der Herde zuläuft, jedes fremde Buch, das in eine Bibliothek gerät, jede Masse fremder Waren, welche einem Ladenvorrat zugefügt wird, da dies Bestandteil der Sachgesamtheit wird. Dies wäre aber sicher nicht gerecht und stimmt auch nicht mit den Quellen überein.[5] [6]

---

3) Über Sachgesamtheiten vgl. Till in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 736, Bekker, Pand. 1 S. 291. B.G.B. erwähnt „Sachinbegriffe" unter anderem § 92 Abs. 2, § 1035. Vgl. Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 5.

4) Goeppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, will den Ausdruck Sachgesamtheit auf Herden und ähnliche Naturganze beschränken. Hiermit stimmt nicht die Äußerung von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tertium (genus) quod ex distantibus constat, ut corpora plura non solata, sed uni nomini subjecta veluti populus, legio, grex. Das Beispiel der Legion wäre falsch begriffen, wenn diese Gesamtheiten subjektiv oder objektiv nur Naturganze sein könnten.

5) Mit Klarheit und Bestimmtheit spricht dies aus l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum. De tertio autem genere corporum videndum est, non grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes, quid ergo est? etsi ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio, nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur. ut si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt. Ältere Schriftsteller über die Kontroverse führt an Girtanner in Jherings Jahrbüchern Bd. 3 S. 207, die neuere Literatur findet sich bei Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 5. Vgl. auch Otto Cramer, das Eigentum an Herden. Berl. Inaug.-Dissert. 1890. Gegen Eigentum an der Sachgesamtheit als solcher hat sich namentlich erklärt Wächter, Erörterungen Heft 1 S. 17, vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 59, Exner, Tradition S. 215 ff., Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 24 S. 291. Windscheid a. a. O. nimmt Eigentum an Herden und

b) Die Sachgesamtheit ist gleichwohl rechtlich als Einheit zu behandeln, wo wirtschaftliche Gesichtspunkte entscheiden.

Daher fallen z. B. dem Nutznießer einer „Herde", da er diese deren Eigentümer als solche zu erhalten hat, abgängige Viehstücke zu, während er sie aus den Tierjungen zu ergänzen hat. Dem Nießbraucher einzelner Viehstücke gehören dagegen die Tierjungen ohne Ergänzungspflicht, während er auf abgängige Stücke als Substanz der Nießbrauchsache kein Recht hat.[7]

4. Sondervermögen — universitas juris — ist eine Summe von Vermögensbestandteilen, welche infolge gemeinsamen Ursprunges oder gleichartiger wirtschaftlicher Bestimmung in bestimmten Bestimmungen rechtlich als Einheit gilt.[8] Die Vermögensbestandteile können sich verändern, vermehren, vermindern, ohne daß die Identität des Sondervermögens aufhört.[9] Im übrigen lassen sich gemeinsame Rechtssätze für die Sondervermögen nicht aufstellen, da sie aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken als Einheiten behandelt werden.[10]

---

anderen Naturganzen an, bei den übrigen Sachgesamtheiten Eigentum an den einzelnen Stücken. Innere Gründe hat diese Unterscheidung nicht, auch die Quellen zwingen nicht zur Annahme eines so absonderlichen Ergebnisses.

6) Über Vindikation einer Herde vgl. unten § 226 Anm. 3.

7) l. 70 § 3 D. de usufr. 7, 1, l. 31 D. q. m. u. 7, 4. Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 95 ff.

8) Den Anstoß zur Unterscheidung der universitas juris und facti gab die Glosse non utetur zu l. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2, welche die universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur — das peculium — der corporea universitas — einer Herde — entgegenstellte. Von den Späteren suchten einige das unterscheidende Merkmal darin, daß universitas juris die vom Rechte, universitas facti die durch menschliche Willkür geschaffene Einheit sei, vgl. Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 183. Dies ist nicht zutreffend. Es handelt sich bei beiden um eine Zusammenfassung, die in den Lebensverhältnissen wurzelt und im Rechte Anerkennung findet. Vielmehr ist das Unterscheidende, daß die universitas facti gleichartige körperliche Objekte zusammenfaßt, die universitas juris oder, wie man hiernach auch wohl sagt, jurium, Vermögensbestandteile verschiedener Art, vgl. Kierulff S. 321. — Hasse im Archiv f. z. Pr. Bd. 5 n. 1, Mühlenbruch, ebendaselbst Bd. 17 n. 12 wollen den Begriff der universitas juris aufgeben, worin ihnen jedoch die meisten heutigen Schriftsteller mit Recht nicht folgen. Vgl. Birkmeyer, das Vermögen S. 101 ff. B.G.B. behandelt Vermögensganze in den §§ 1363, 1638, 1922 als einheitlichen Gegenstand, desgleichen Sondervermögen in §§ 718, 1440 u. f. f.

9) l. 40 D. de peculio 15, 1. Marcianus libro 5 regularum: Peculium nascitur crescit decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.

10) Die ältere Dogmatik wollte bei allen universitates juris dem Satze Anwendung geben, res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, desgleichen dem an denselben Berechtigten stets eine Universalklage gegen den Besitzer auf Herausgabe des Ganzen gewähren. Beides war nicht richtig. Das Verdienst der oben in Anm. 8 zitierten Abhandlungen von Hasse und Mühlenbruch besteht in der Hervorhebung der Wahrheit, daß die universitates nur relativ, d. h. in einzelnen Beziehungen und in verschiedener Weise eine rechtliche Einheit bilden.

Römische Beispiele von Sondervermögen sind, außer der Erbschaft, das Pekulium von Hauskindern und von Sklaven,[11] die dem Ehemann eingebrachte Dos,[12] aus dem heutigen Recht das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft.

II. Die res extra commercium.[1]

§ 69. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen.

Die körperlichen Sachen sind in der Regel des Privateigentumes und des Verkehrs fähig — in commercio. Es gibt aber Kategorien von körperlichen Objekten, welche den Privaten entzogen,[2] verkehrsunfähig sind — extra commercium.

Die Verkehrsunfähigkeit beruht teils auf allgemeinen Gründen, teils auf positiven Rechtsvorschriften. Aus allgemeinen Gründen ist:

a) der Körper des lebenden Menschen als Teil des Rechtssubjektes des Eigentumes unfähig.[3] Immerhin wurden die Klagen wegen Sachbeschädigung wegen körperlicher Verletzung freier Menschen analog angewendet,[4] da physisch der menschliche Leib der Körperwelt zugehört. Was ferner aufhört, Teil des lebenden menschlichen Organismus zu sein, wird unmittelbar des Eigentumes fähige Sache. Das jemandem abgeschnittene Haar wird sein Eigentum. Folgerecht ist auch der Leichnam Sache.[5]

---

11) l. 5 § 3 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum: Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum, Mandry, Begriff des peculium S. 4 ff.

12) l. 1 § 4 D. de dote praelegata 33, 4. Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 186.

1) Gaj. Inst. II § 1 — pr. J. de rer. div. 2, 1 teilt die Objekte in solche, die „in nostro patrimonio" d. h. des privaten Eigentums fähig, und in solche, die „extra nostrum patrimonium", d. h. des privaten Eigentums unfähig sind. Letztere werden häufig als extra commercium bezeichnet, vgl. l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1 „quorum commercium non sit". Dieser Ausdruck hebt wörtlich nur die Veräußerungsunfähigkeit hervor, ohne deren Grund zu bezeichnen, nämlich die Unfähigkeit der Sache, in den Privatbesitz zu treten. Daher findet sich der Ausdruck auch für Sachen, die im Privateigentum stehen, aber einem gesetzlichen Veräußerungsverbote unterliegen, l. 1 § 2 D. quae res pignori 20, 3. — B.G.B. behandelt grundsätzlich die Verkehrsunfähigkeit der Sachen nicht.

2) Die Entziehung kann — jedenfalls nach heutigem Rechte — eine bloß partielle sein, vgl. unten § 70 Anm. 9, § 72 Anm. 3, 4.

3) Dies erstreckt sich in gewissem Maße auch auf künstliche Ergänzungen des Körpers und künstliche Gliedmaßen. Das künstliche Bein des Invaliden ist also nicht pfändbar. Vgl. auch C.P.O. § 811 Ziff. 12. Aber er kann es von sich absondern und verkaufen.

4) Vgl. l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. ff. D. ad l. Aquiliam 9, 2, l. 3 D. si quadrupes 9, 1.

5) Anders Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 3 Anm. 3d und dort Zitierte, Stobbe 3. Aufl. Bd. 1 S. 604. Vgl. K. E. Cramer, die Behandlung des

Man darf ihn daher sogar im voraus zu wissenschaftlichen Zwecken auf den Todesfall veräußern. Erben aber dürfen den Leichnam ihres Erblassers nicht verhandeln, weil dies gegen die guten Sitten wäre.[6]

b) Gewisse Bestandteile der Sachenwelt entziehen sich ihrer natürlichen Beschaffenheit nach jeder dauernden ausschließlichen Beherrschung und um deswillen auch dem Eigentumsrechte; sie sind *Gemeingut aller* — communia omnium.[7] Dahin gehört die atmosphärische *Luft*, das frei *fließende Wasser*, das *Meer*.[8] Auch das *Meeresufer* zählten die Römer zum Gemeingut; Celsus jedoch betrachtete es als öffentliche Sache des Staates,[9] und dies ist gemeines Recht. Das Meeresufer reicht so weit als die höchste Meeresflut.[10]

Das Recht auf den Gemeingebrauch ist ein allgemeines der Persönlichkeit. Gegen Beeinträchtigung desselben dient die actio injuriarum.[11]

Es ist zulässig, aus dem Gemeingut Quantitäten auszuscheiden und sich anzueignen, z. B. Quantitäten von Wasser oder Eis[12] zu gewinnen, vom Meeresgestade Sand und Steine wegzuführen. Polizeiliche Genehmigung ist erfordert, wenn das öffentliche Interesse beteiligt erscheint. Unter solcher Genehmigung darf man auch *Bauten* am Meeresufer sowie im Meere errichten.[13] Sie stehen im Privateigentume, so lange

---

menschlichen Leichnams 1885, Züricher Inaug.-Dissert.; A. Kramer, Recht auf den menschlichen Körper 1887, Berliner Inaug.-Dissert.; Regelsberger Bd. 1 § 110; Gareis, d. R. am menschlichen Körper, Festg. f. Schirmer, 1900.

6) Verbotene Sachen, z. B. verbotene Bücher sollen nicht verkauft oder sonst veräußert, sie sollen vernichtet werden. l. 4 § 1 D. fam. erc. 10, 2. Aber unrichtig ist die Annahme von Windscheid Bd. 1 § 147 Anm. 6, daß an ihnen Privateigentum, also auch Diebstahl nicht stattfinde. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 111, Kipp bei Windscheid a. a. O.

7) Burckhard z. L. v. öffentlichen Gut in Grünhuts Zschr. Bd. 15 S. 611, A. Pernice, die sog. res communes omnium, in d. Berliner Festg. f. Dernburg S. 125, auch besonders erschienen.

8) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Vgl. Plautus Rudens IV 3, 36: mare quidem commune certo 'st omnibus.

9) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. § 1 J. de rer. div. 2, 1, l. 13 § 7 D. de injuriis 47, 10, l. 14 D. de a. r. d. 41, 1, — l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8. Pampaloni sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto Romano e odierno im bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 4 S. 287 und hierüber Schneider, Krjtisch. V.J.Schr. Bd. 36 S. 41, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 225. Über das deutsche Recht vgl. Brünneck, das Recht auf Zueignung der Meeresprodukte 1874 S. 12 ff.

10) l. 96 D. de V. S. 50, 16, Celsus libro 35 Digestorum. Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit; vgl. Cicero Topica 7, 32.

11) Vgl. unten Bd. 2 § 137.

12) *Eis* ist als erstarrtes „fließendes" Wasser *Gemeingut*. Man begeht nicht einen Diebstahl durch Aneignung von Eis aus öffentlichen oder Privatflüssen. Aber der Eigentümer des Flusses kann die Entnahme verbieten und sich in seinem Besitz am Flusse durch Eigenmacht, wie Besitzesklagen schützen.

13) l. 5 § 1, l. 6 pr D. de div. rer. 1, 8, l. 50 D. de a. r. d. 41, 1.

sie im stande bleiben. Mit ihrem Verfalle tritt der Naturzustand wieder ein.[14] Der Erwerb ausschließlicher Privatrechte an Teilen des offenen Meeres, z. B. auf Fischfang, ist regelmäßig unzulässig, nur durch staatliches Privilegium möglich.[15]

§ 70. 2. Res divini juris.[1]

1. Die Römer betrachteten bestimmte Sachen als göttlichem Recht unterworfen — res divini juris — und dem menschlichen Eigentume entzogen, insofern als res nullius.

a) Die der Gottheit von ihrem Eigentümer dedizierten Objekte bildeten die res sacrae.[2] Genehmigung des Volkes, später des Kaisers, und Mitwirkung der Pontifices war außerdem erfordert.[3]

b) Die Begräbnisstätten galten als den Seelen der Verstorbenen überlassen und um deswillen als res religiosae. In diesen Zustand gerieten sie durch Beisetzung eines Toten seitens dessen, welcher ihn zu bestatten befugt war, ohne weiteres, falls derselbe Eigentümer des Bestattungsorts war oder mit Zustimmung des Eigentümers des Ortes handelte, und dingliche Berechtigungen Dritter nicht verletzt wurden.[4]

c) Gewisse Sachen des Staates und der Gemeinden, insbesondere Stadtmauern und Thore, wurden als res sanctae unter den besonderen Schutz der Götter gestellt und infolgedessen den res divini juris zugesellt.[5]

---

14) l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 14 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. In l. 49 D. de rei vind. 6, 1 sagt Celsus libro 18 Digestorum: Solum partem esse aedium existimo, nec alioquin subjacere uti mare navibus. Dieser Ausspruch wäre als allgemeiner falsch, denn es gilt umgekehrt der Satz: superficies solo cedit. Er ist richtig, wenn man ihm den besonderen Bezug auf Bauten am Meeresufer gibt.

15) l. 13 § 7, l. 14 D. de injuriis 47, 10. Vgl. unten § 176.

1) § 7 J. de rer. div. 2, 1. l. 1 pr. D. de r. d. 1, 8. Gaj. Inst. II §§ 4 ff.

2) Trebatius lib. 1 religionum bei Macrobius sat. III, 2 definiert: sacrum est, quod deorum habetur. Anderwärts werden derartige Objekte als dem Volke gehörig bezeichnet, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 255.

3) l. 9 pr. D. de div. rer. 1, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum. Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata. — Es gab zwei Rechtsgeschäfte gegenüber der Gottheit, nämlich das votum, wodurch man sich der Gottheit persönlich verpflichtete, und die Dedikation, wodurch man derselben Eigentum zuteilte. Beide Geschäfte waren einseitige, eine Annahme durch Stellvertreter der Gottheit war nicht erfordert. Die Notwendigkeit der Einholung eines Volksschlusses zur Dedikation beruht auf Volksgesetzen. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 256.

4) Vgl. l. 2 §§ 7 ff., l. 3, l. 4 D. de religiosis 11, 7, l. 34 D. eod., Mommsen, zum römischen Grabrecht, Zeitschr. der Sav. Stiftg. Rom. Abt. Bd. 16 S. 203.

5) Die epitome Gaj. II, 1 § 1 zählt hierher auch fora, theatra, circus, arena.

2. Das gemeine Recht kennt keine res sanctae im römischen Sinne mehr. Auch ist die Lehre der res sacrae und religiosae durchaus umgewandelt.[6] Es gelten bezüglich der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften folgende Sätze, welche durch das B.G.B. nicht berührt sind:

a) Dem Gottesdienst gewidmete oder geweihte Gebäude und sonstige Sachen, nicht minder Friedhöfe und andere Begräbnisstätten,[7] stehen im Eigentum der Kirchen oder politischer Gemeinden oder selbst von Privatpersonen.

b) Ihrer Bestimmung widersprechender profaner Gebrauch ist ausgeschlossen.[8] Sie stehen außer Verkehr, soweit es ihre besondere Bestimmung bedingt.[9]

c) Wie weit die Religionsgenossen an den geweihten Sachen Gemeingebrauch haben, z. B. Zutritt zur Kirche und deren Räumen, ist durch die Satzungen und Gebräuche der bezüglichen Religionsgenossenschaft bedingt.

d) Es können einzelne Religionsgenossen — zum Teil auch Andersgläubige — auf privatrechtlichen Erwerbstiteln beruhende besondere Rechte an geweihten Stätten, insbesondere an Kirchenstühlen, Erbbegräbnissen[10] haben. Solche allgemeinen oder besonderen Gebrauchsrechte dürfen im Wege der Klage geltend gemacht werden.

Wer die unter den Schutz der Gottheit gestellten Objekte verletzte, verfiel dem Tode l. 11 D. de div. rer. 1, 8.

6) Hübler, der Eigentümer des Kirchenguts 1868. Meurer, Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen 1885. Th. A. Müller, Privateigentum an katholischen Kirchengebäuden, Heidelb. Inauguraldissert. 1883. Bekker Bd. 1 S. 332.

7) Es wurde früh christliche Sitte, die Toten bei der Kirche im Kirchhof, welcher als Pertinenz der Kirche geweiht war, zu begraben. Daher galt der Kirchhof als solcher, nicht die Leichenstätte als verkehrsunfähig. Meurer a. a. O. Bd. 1 S. 209.

8) Auf einem Gute befindliche Erbbegräbnisse werden mit ihm verkauft. Der Käufer darf aber beigesetzte Leichen ohne polizeiliche Erlaubnis nicht entfernen, vgl. Fenner und Mecke, Archiv f. Erk. d. R.G. Bd. 4 S. 472, l. 8 pr. D. de religiosis 11, 7.

9) Nur soweit ist daher die Ersitzung einer Servitut ausgeschlossen. Vgl. aber R.G. Bd. 27 S. 256.

10) Die Römer unterscheiden Familien- und Erbbegräbnisse, l. 5 D. de religiosis 11, 7. Gajus libro 16 ad edictum provinciale. Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, l. 6 eod. Zur Familie zählte man außer den Agnaten auch die Erben, l. 4, l. 13 C. de religiosis, 3, 44; affines und cognati hatten nur Teil, sofern sie Erben waren. l. 8 C. eod. Mommsen a. a. O. S. 210. Heutzutage entscheidet das Statut der Gemeinde, welche das Erbbegräbnis in ihrer Kirche oder auf ihrem Kirchhof konzediert, oder die besondere Vereinbarung über den Inhalt des Rechtes.

§ 71. 3. Die öffentlichen Sachen.[1]

Die Sachen des Staates und der Gemeinden[2] zerfallen in zwei Klassen.

a) Ihr zur Bestreitung ihrer Geldbedürfnisse bestimmtes Vermögen — s. g. Finanzvermögen — bildet die eine Klasse.[3] Dasselbe unterliegt den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechtes; es ist dem Verkehr nicht entzogen. Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger in dasselbe ist nicht ausgeschlossen.

b) Die andere Klasse bilden die öffentlichen Sachen — res publicae, — welche unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen. Sie unterstehen einem besonderen Recht, durch welches sie außerhalb des Privatverkehrs gestellt sind.

Einige öffentliche Sachen dienen dem öffentlichen Nutzen dadurch, daß sie dem Gemeingebrauch des Publikums offen stehen; so öffentliche Wege, Plätze, Flüsse, Häfen.[4] Andere sind zwar dem öffentlichen Dienst, aber nicht dem Gemeingebrauch der Bürger gewidmet, z. B. Festungen, Gefängnisse, Dienstgebäude anderer Art.[5]

Der Rechtscharakter der öffentlichen Sachen ist bestritten.

Manche betrachten sie als niemandem gehörig, auch nicht dem Staate selbst. Nach dieser Ansicht stehen sie nur unter einem publizistischen Hoheitsrechte des Staates, vermöge dessen er sie für die öffentlichen Zwecke in Anspruch nimmt.[6] Bedarf er sie hierzu nicht mehr, z. B.

---

1) Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, gedruckt 1861; Rüttimann, Gutachten 1859; Erwiderung von Keller und von Rüttimann; Jhering, der Streit zwischen Baselland und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel 1862; H. Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel 1862, und hiergegen Erwiderung von Jhering 1862; H. Wappaeus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 263; Eisele über das Rechtsverhältnis der res publicae 1873, Hegelmaier, Grundeigentum im öffentlichen Recht, Tübing. Inaugural-Diss. 1891, Randa, Eigentumsrecht § 3, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 28.

2) Vgl. l. 6 § 1 D. de rer. div. 1, 8, § 6 J. de rer. div. 2, 1.

3) Dahin gehören Barmittel, Landgüter, Mietshäuser. Inwieweit gewerbliche Anlagen, z. B. städtische Gasanstalten, hierher gehören, ist danach zu beurteilen, ob das gemeine Wohl den Betrieb durch die Stadt fordert, oder ob nur finanzielle Gründe hierfür sprechen, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 112.

4) l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse . . . ut publica, quae non in pecunia populi sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.

5) Diese Verschiedenheit wird häufig ignoriert. Publicus usus bezeichnet oft den Gemeingebrauch der Bürger, hat aber auch den weiteren Sinn des öffentlichen Dienstes. Jhering, Geist Bd. 3 Abt. 1 S. 362 ff., hält für die wahren Berechtigten hinsichtlich der öffentlichen Sachen die Destinatäre des Gemeingebrauches. Dabei ist die verschiedene Benutzung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Dienste nicht beachtet. Bei Gefängnissen sind die Gefangenen die Destinatäre. Aber niemand wird sie als die an den Gefängnissen Berechtigten ansehen.

Terrains früherer Festungen, so gehören sie als herrenlos dem ersten Okkupanten. Das Richtige ist, daß auch die öffentlichen Sachen des Staates und der Gemeinden in deren *Eigentum* stehen.[7] Deshalb gehören ihnen die pekuniären Nutzungen, welche solche Sachen neben ihrer öffentlichen Bestimmung abwerfen, z. B. Grasertrag, Baumnutzen, Mietzinsen entbehrlicher Räume. Indes unterliegt das Eigentum an öffentlichen Sachen einem Sonderrechte, vermöge dessen *Akte privatrechtlicher Natur* nicht im stande sind, sie ihrem Zweck *zu entfremden*. Dritte können daher juristischen Besitz und Besitzesschutz an ihnen nicht erlangen,[8] Eigentum und Servituten, welche mit ihrem öffentlichen Zweck kollidieren, nicht einmal durch Ersitzung erwerben; Gläubiger können sie nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen.

Durch rechtsgültige *publizistische Akte* dagegen kann die öffentliche Sache ihres besonderen Charakters *entkleidet werden*. Damit tritt sie unmittelbar in das gewöhnliche Eigentum des Staates oder der Gemeinde und wird verkehrsfähig. Es ist hierzu also nicht notwendig, daß ihr bereits die ihrer bisherigen Bestimmung angepaßte Gestalt ge-

---

6) Dies ist die Ansicht von Keller, insbesondere Erwiderung S. 7. Aus den Quellen läßt sie sich nicht erweisen. Die Ansicht von Keller hat in veränderter Gestalt Eisele angenommen, indem er bloß „publizistisches" Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt.

7) l. 6 § 1 D. de div. rer. 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum. *Universitatis* sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt *theatra et stadia et similia* et si qua alia sunt communia civitatium ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, vgl. § 6 J. de rer. div. 2, 1. Marcian erklärt hier ausdrücklich öffentliche Sachen, insbesondere Theater, für Stadteigentum. Es ist unzulässig, wie Ihering, Erwiderung S. 9 tut, theatra und stadia aus der Reihe der römischen öffentlichen Sachen zu setzen, vgl. § 2 J. de inut. stip. 3, 19. Eisele a. a. O. S. 7 findet bei Marcian nur eine *rechtliche Beziehung* der öffentlichen Sachen zur Stadtgemeinde hervorgehoben, leugnet aber, daß dieselbe wahres Eigentum sei. Doch dies wird durch ejus esse bezeichnet. Vgl. außerdem l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1. — Aus dem Eigentume des Staates wird im § 39 J. de rer. div. 2, 1 das Recht des Staates auf die in den öffentlichen Sachen gefundenen Schätze hergeleitet. Aus ihm erklärt sich, daß der Staat ein Bodengeld — solarium — bezieht, wenn auf öffentlichen Plätzen ohne Erlaubnis gebaut war und das öffentliche Interesse die Zerstörung des Baues nicht fordert. — Zum „Fiskalvermögen", welches nur die pecunia des Staates umfaßte, wurden freilich die öffentlichen Sachen nicht gezählt, l. 72 § 1 D. de contr. empt. 18, 1, l. 2 § 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Dies beweist nichts gegen das Eigentum des Staates. Gajus libro 2 institutionum, l. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 sagt allerdings: quae *publicae* sunt, *nullius* in bonis esse creduntur, ipsius enim *universitatis* esse creduntur: privatae autem sunt quae singulorum sunt. Schon die Glosse erklärt zutreffend „nullius" scilicet hominis privati, ut sequitur, non communitatis, Eisele a. a. O. S. 11. Die richtige Ansicht hat sich in der neueren Literatur überwiegend Bahn gebrochen, für sie auch Regelsberger Bd. 1 § 113, sieh jedoch unten § 73 Anm. 4. Für die Auffassung Iherings tritt energisch ein Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. 2 S. 393 ff.

8) arg. l. 30 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2.

nommen ist, daß z. B. die Schleifung der Festung, welche durch die zuständige Behörde deklassiert wurde, schon ausgeführt ist.[9]

§ 72. Öffentliche Wege.

1. Die öffentlichen, d. h. dem allgemeinen Verkehre gewidmeten Wege werden unterschieden in Hauptstraßen — viae consulares oder militares — und Gemeindewege — viae vicinales.[1]

Die Hauptstraßen dienen dem großen Verkehre, indem sie die Städte untereinander oder die Städte mit dem Meere oder mit den öffentlichen Flüssen verbinden. Sie gehören dem Staate.[2] Gemeindewege unterhalten den Verkehr in den Gemeinden und unter einzelnen Gemeinden. Sie können den Gemeinden gehören, ihr Grund und Boden kann aber auch im Privateigentume stehen, so daß nur die Last des Gemeingebrauchs auf ihnen ruht.[3] [4]

2. In Rom hatten die Bürger Klagrechte — interdicta — zum Schutze des Gemeingebrauches,[5] um störende, ohne staatliche Konzession auf öffentlichen Wegen oder Plätzen in Angriff genommene Anlagen zu hindern oder deren Beseitigung zu bewirken, überhaupt um die freie Kommunikation zu sichern.[6] Sie konnten durch diese Klagen die allgemeinen, wie die eigenen Interessen vertreten. — Heutzutage ist die

---

9) l. 9 D. de usurp. et usuc. 41, 3. Seuffert, Archiv Bd. 37 S. 385. Bekker Bd. 1 S. 345.

1) l. 3 § 1 D. de locis et itineribus publicis 43, 7. l. 2 § 22 D. ne quid in loco publico 43. 8.

2) l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est . . . viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur. Die Publikation der öffentlichen Wege, d. h. die Widmung zum Gemeingebrauch geschah in Rom durch Edikt des Beamten, welcher den Wegbau leitete, insbesondere durch den curator viis sternundis, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 269.

3) Vizinalwege, deren Boden Privaten gehörte, waren nicht öffentliche; denn hierzu gehörte Staats- oder Gemeindeeigentum; aber sie wurden den öffentlichen Wegen gleichgestellt, wenn sie der Last der allgemeinen Kommunikation unterstanden. l. 2 §§ 22, 23 D. de ne quid in loco publico 43, 8, l. 3 pr. D. de locis 43, 7.

4) Im heutigen Recht sind die wichtigsten öffentlichen Straßen die Lokomotiveisenbahnen. Sie sind bekanntlich nicht immer Staatseigentum, vielmehr nicht selten im Eigentume von Aktiengesellschaften. Auch besteht der Gemeingebrauch nur darin, daß jeder berechtigt ist, die reglementsmäßig abgelassenen Züge zu benützen. Die Eisenbahnverwaltungen sind nicht befugt, einzelne zu bevorzugen, andere zurückzusetzen; sie haben vielmehr Personen und Güter in der Reihenfolge ihrer Meldung zu befördern.

5) Davidsohn, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs 1889.

6) l. 2 pr. § 35, § 45 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ob und inwieweit diese Interdikte „popularia" waren — unten § 130 — darüber siehe Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 T. 1 S. 52.

Fürsorge für die öffentlichen Interessen an den Kommunikationsmitteln ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörden. Insoweit sind daher jene Interdikte veraltet; dagegen blieben sie den Privaten, namentlich den Wegnachbarn zur Wahrung ihrer besonderen Interessen dienstbar.[7]

3. Bestritten ist, ob die Straßenanlieger Entschädigungsansprüche gegen Staat oder Gemeinde haben, wenn ihnen durch Verlegung der Straße oder durch deren Erhöhung oder Erniedrigung die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird. Dies ist nach heutigem Recht abweichend vom römischen zu Gunsten von Gebäuden an städtischen Straßen zu bejahen. Denn es ist ein Grundsatz des jetzigen Rechtes, daß derartige Maßnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht der einzelnen geschehen.[8]

§ 73. Flüsse, Seen.[1]

Flüsse sind in festen Gerinnen frei dahin fließende Gewässer. Auch die Bäche gehören im weiteren Sinne zu den Flüssen. Die fließende Welle als solche ist Gemeingut; der Fluß selbst aber, d. h. der durch ihn erfüllte Raum, des Eigentumes fähig.

---

7) So R.G. Bd. 1 S. 157, Bd. 6 S. 162. Ubbelohde a. a. O. T. 2 S. 529, T. 4 S. 187, Bl. für Rechtspflege in Thüringen n. F. Bd. 18 S. 264. Nicht ein dingliches Recht machen die Individuen hierbei geltend, wie manche, z. B. Bekker, Bd. 1 S. 342, Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 13, annehmen, sie reagieren gegen die Antastung ihrer Persönlichkeit, die in der Verkümmerung ihres Anteils am Gemeingebrauch liegt. Anderer Art sind die durch Privilegien erworbenen Rechte einzelner an Plätzen und Flüssen. Diese haben dingliche Natur und dinglichen Schutz und zwar nach Analogie einer Superfizies oder Grundgerechtigkeit je nach ihrer Art.

8) Einverstanden Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 15. Anders R.G. Bd. 3 n. 49, Bd. 6 S. 162, Bd. 7 S. 172, O.L.G. Celle in Seuff. Arch. Bd. 51 n. 28, Blume, d. R. der Anlieger an öffentlichen Straßen, Festg. f. Schirmer, 1900. Für die hier verteidigte Ansicht haben sich bezüglich der Straßen in der Stadt erklärt das O.A.G. zu Rostock, Entscheidungen Bd. 5 S. 287, auch bei Seuffert Archiv Bd. 22 n. 144, Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 302, desgleichen in preußischrechtlicher Sache, aber aus allgemeinen Gründen R.G. Bd. 7 S. 213, vgl. R.G. Bd. 25 S. 243, ebenso in französischrechtlicher Sache R.G. Bd. 10 S. 271. Mit Recht bemerkt Bekker Bd. 1 S. 347, „es wäre dringend zu wünschen, daß das R.G. die fehlgehende Entscheidung in III 49 zu korrigieren sich entschlösse".

1) Die Literatur ist eine sehr umfangreiche. Über die neuere Literatur vgl. Stobbe Bd. 1 § 64 Anm. 27. Wir heben hier hervor Börner im Archiv für ziv. Pr. Bd. 38 n. 7 und n. 15, Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Recht in Iherings Jahrbüchern Bd. 7 n. 5, Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach römischem Rechte 1867, Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 261 ff., Ubbelohde a. a. O. T. 4 S. 323. Vgl. auch Randa, d. österr. Wasserrecht. 3. Aufl. 1891. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 65 bleibt das „Wasserrecht" durch dieses unberührt.

Die Flüsse sind teils öffentliche, teils private.

1. Als öffentliche Flüsse galten den Römern alle beständig fließenden, als private die zeitweise austrocknenden.[2] Nach gemeinem Rechte sind öffentlich die natürlichen Wasserstraßen, d. h. schiffbare und flößbare Flüsse, so weit sie seit alters mit Schiffen oder mit verbundenen Flößen befahren werden.[3] Vom Staate für den allgemeinen Verkehr hergestellte Wasserstraßen stehen den natürlichen gleich.

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigentume des Staates.[4] Dem Staate gehören daher ihre Nutzungen, z. B. das im Flusse wachsende Schilf,[5] ferner der Zins für Gebrauchsvorrechte, die er erteilt, z. B. für konzessionierte Wassermühlen oder Brücken.

Daneben besteht ein ausgedehnter Gemeingebrauch, insbesondere zur Schiffahrt, zum Genuß von Wasser für Menschen und Vieh, selbst zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen, soweit öffentliches Interesse nicht

2) l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12. Ulpianus libro 68 ad edictum. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non, publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Manche behaupten, daß auch „Bäche" nicht zu den öffentlichen Flüssen im römischen Sinne gehörten, vielmehr im Privatbesitz standen. So Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 7, Baron a. a. O. Bd. 2 S. 263 ff., Stobbe § 64 Anm. 45. In der Tat sagt Ulpian in der l. 1 § 1 cit: flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. Allein in der Regel begreift flumen auch den Bach in sich; besondere Rechtssätze für die Bäche stellten die Römer nicht auf. Es ist daher anzunehmen, daß sie unter den öffentlichen Flüssen auch beständig fließende Bäche verstanden, wenn auch, wie Ulpian bemerkt, der gewöhnliche Sprachgebrauch den Bach vom Fluß unterschied. Vgl. l. un. § 4 D. ne quid in flumine 43, 13. So auch das O.A.G. zu Rostock, Entsch. Bd. 7 S. 223, bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 204, Randa, Eigentumsrecht 2. Aufl. S. 62, Ubbelohde a. a. O. S. 324, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 5. Abweichend wieder neuerdings Ossig, römisches Wasserrecht 1898 S. 1 ff.

3) Die technischen Fortschritte der Neuzeit im Schiffbau, welche auch Gewässer ohne jeden Tiefgang mit Schiffen zu befahren gestatten, können an der Eigenschaft eines Flusses als Privatfluß nichts mehr ändern.

4) Mehrere Schriftsteller, welche anerkennen, daß im allgemeinen die res publicae im Eigentume des Staates und der Gemeinde stehen, glauben bei den Flüssen das gleiche nicht annehmen zu dürfen. Das Recht des Staates an den Flüssen soll auf dem staatlichen Hoheitsrechte beruhen. So u. a. Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 11, Stobbe § 64 Anm. 46, Regelsberger Bd. 1 § 113 Ziff. 2. Doch die Römer bezeichnen die öffentlichen Flüsse wie die öffentlichen Wege als dem Staate gehörig, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 273. Hieran kann uns nicht irre machen, daß das verlassene Flußbett und die Flußinsel den Flußanliegern zufällt. Denn das Eigentum des Staates am Flußbett ist dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört. Darüber spricht sich Pomponius libro 34 ad Sabinum l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 aus: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus . . esse debet. Vgl. auch R.G. Bd. 3 S. 232, Seuff. A. Bd. 47 n. 180 (R.G.).

5) Dies auch dann, wenn das Grundstück, auf welchem das Schilf wächst, im Privateigentume stand und erst dadurch Teil des Flußbettes wurde, daß es unter den Wasserspiegel herunterfank.

Fürsorge für die öffentlichen Interessen an den Kommunikationsmitteln ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörden. Insoweit sind daher jene Interdikte veraltet; dagegen blieben sie den Privaten, namentlich den Wegnachbarn zur Wahrung ihrer besonderen Interessen dienstbar.[7]

3. Bestritten ist, ob die Straßenanlieger Entschädigungsansprüche gegen Staat oder Gemeinde haben, wenn ihnen durch Verlegung der Straße oder durch deren Erhöhung oder Erniedrigung die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird. Dies ist nach heutigem Recht abweichend vom römischen zu Gunsten von Gebäuden an städtischen Straßen zu bejahen. Denn es ist ein Grundsatz des jetzigen Rechtes, daß derartige Maßnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht der einzelnen geschehen.[8]

§ 73. Flüsse, Seen.[1]

Flüsse sind in festen Gerinnen frei dahin fließende Gewässer. Auch die Bäche gehören im weiteren Sinne zu den Flüssen. Die fließende Welle als solche ist Gemeingut; der Fluß selbst aber, d. h. der durch ihn erfüllte Raum, des Eigentumes fähig.

---

7) So R.G. Bd. 1 S. 157, Bd. 6 S. 162. Ubbelohde a. a. O. T. 2 S. 529, T. 4 S. 187, Bl. für Rechtspflege in Thüringen n. F. Bd. 18 S. 264. Nicht ein dingliches Recht machen die Individuen hierbei geltend, wie manche, z. B. Bekker, Bd. 1 S. 342, Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 13, annehmen, sie reagieren gegen die Antastung ihrer Persönlichkeit, die in der Verkümmerung ihres Anteils am Gemeingebrauch liegt. Anderer Art sind die durch Privilegien erworbenen Rechte einzelner an Plätzen und Flüssen. Diese haben dingliche Natur und dinglichen Schutz und zwar nach Analogie einer Superfizies oder Grundgerechtigkeit je nach ihrer Art.

8) Einverstanden Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 15. Anders R.G. Bd. 3 n. 49, Bd. 6 S. 162, Bd. 7 S. 172, O.L.G. Celle in Seuff. Arch. Bd. 51 n. 28, Blume, d. R. der Anlieger an öffentlichen Straßen, Festg. f. Schirmer, 1900. Für die hier verteidigte Ansicht haben sich bezüglich der Straßen in der Stadt erklärt das O.A.G. zu Rostock, Entscheidungen Bd. 5 S. 287, auch bei Seuffert Archiv Bd. 22 n. 144, Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 302, desgleichen in preußischrechtlicher Sache, aber aus allgemeinen Gründen R.G. Bd. 7 S. 213, vgl. R.G. Bd. 25 S. 243, ebenso in französischrechtlicher Sache R.G. Bd. 10 S. 271. Mit Recht bemerkt Bekker Bd. 1 S. 347, „es wäre dringend zu wünschen, daß das R.G. die fehlgehende Entscheidung in III 49 zu korrigieren sich entschlösse".

1) Die Literatur ist eine sehr umfangreiche. Über die neuere Literatur vgl. Stobbe Bd. 1 § 64 Anm. 27. Wir heben hier hervor Börner im Archiv für ziv. Pr. Bd. 38 n. 7 und n. 15, Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Recht in Iherings Jahrbüchern Bd. 7 n. 5, Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach römischem Rechte 1867, Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 261 ff., Ubbelohde a. a. O. T. 4 S. 323. Vgl. auch Randa, d. österr. Wasserrecht. 3. Aufl. 1891. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 65 bleibt das „Wasserrecht" durch dieses unberührt.

Die Flüsse sind teils öffentliche, teils private.

1. Als öffentliche Flüsse galten den Römern alle beständig fließenden, als private die zeitweise austrocknenden.[2] Nach gemeinem Rechte sind öffentlich die natürlichen Wasserstraßen, d. h. schiffbare und flößbare Flüsse, so weit sie seit alters mit Schiffen oder mit verbundenen Flößen befahren werden.[3] Vom Staate für den allgemeinen Verkehr hergestellte Wasserstraßen stehen den natürlichen gleich.

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigentume des Staates.[4] Dem Staate gehören daher ihre Nutzungen, z. B. das im Flusse wachsende Schilf,[5] ferner der Zins für Gebrauchsvorrechte, die er erteilt, z. B. für konzessionierte Wassermühlen oder Brücken.

Daneben besteht ein ausgedehnter Gemeingebrauch, insbesondere zur Schiffahrt, zum Genuß von Wasser für Menschen und Vieh, selbst zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen, soweit öffentliches Interesse nicht

2) l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12. Ulpianus libro 68 ad edictum. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non, publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Manche behaupten, daß auch „Bäche" nicht zu den öffentlichen Flüssen im römischen Sinne gehörten, vielmehr im Privatbesitz standen. So Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 7, Baron a. a. O. Bd. 2 S. 263 ff., Stobbe § 64 Anm. 45. In der Tat sagt Ulpian in der l. 1 § 1 cit: flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. Allein in der Regel begreift flumen auch den Bach in sich; besondere Rechtssätze für die Bäche stellten die Römer nicht auf. Es ist daher anzunehmen, daß sie unter den öffentlichen Flüssen auch beständig fließende Bäche verstanden, wenn auch, wie Ulpian bemerkt, der gewöhnliche Sprachgebrauch den Bach vom Fluß unterschied. Vgl. l. un. § 4 D. ne quid in flumine 43, 13. So auch das O.A.G. zu Rostock, Entsch. Bd. 7 S. 223, bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 204, Randa, Eigentumsrecht 2. Aufl. S. 62, Ubbelohde a. a. O. S. 324, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 5. Abweichend wieder neuerdings Oisig, römisches Wasserrecht 1898 S. 1 ff.

3) Die technischen Fortschritte der Neuzeit im Schiffbau, welche auch Gewässer ohne jeden Tiefgang mit Schiffen zu befahren gestatten, können an der Eigenschaft eines Flusses als Privatfluß nichts mehr ändern.

4) Mehrere Schriftsteller, welche anerkennen, daß im allgemeinen die res publicae im Eigentume des Staates und der Gemeinde stehen, glauben bei den Flüssen das gleiche nicht annehmen zu dürfen. Das Recht des Staates an den Flüssen soll auf dem staatlichen Hoheitsrechte beruhen. So u. a. Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 11, Stobbe § 64 Anm. 46, Regelsberger Bd. 1 § 113 Ziff. 2. Doch die Römer bezeichnen die öffentlichen Flüsse wie die öffentlichen Wege als dem Staate gehörig, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 273. Hieran kann uns nicht irre machen, daß das verlassene Flußbett und die Flußinsel den Flußanliegern zufällt. Denn das Eigentum des Staates am Flußbett ist dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört. Darüber spricht sich Pomponius libro 34 ad Sabinum l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 aus: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus .. esse debet. Vgl. auch R.G. Bd. 3 S. 232, Seuff. A. Bd. 47 n. 180 (R.G.).

5) Dies auch dann, wenn das Grundstück, auf welchem das Schilf wächst, im Privateigentume stand und erst dadurch Teil des Flußbettes wurde, daß es unter den Wasserspiegel heruntersank.

2. *Mobilien* sind alle körperlichen Sachen außer den Grundstücken und deren Bestandteilen.[8] Daher gehören zu den Mobilien unter anderem mit dem Boden nicht verbundene Gebäude; ferner die Schiffe, insbesondere auch die dem Erwerb durch die Seeschiffahrt bestimmten — die Kauffahrteischiffe.[9]

Eine besondere Art der Mobilien sind die *Moventien*, d. h. was sich *durch eigene Lebenskraft bewegt*,[10] also *Tiere*, bei den Römern auch *Sklaven*. —

II. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit sind Eigenschaften der Körper. Auf *Rechte* als Ideen ist die Einteilung an sich nicht anwendbar. Sie wurde indessen auf sie durch den vulgären Sprachgebrauch und in gesetzlichen Bestimmungen übertragen. Dabei ist freilich streitig geblieben, welche Rechte zum unbeweglichen und welche zum beweglichen Vermögen zu rechnen sind.

Als unbeweglich galt das *Eigentumsrecht* an Immobilien vermöge seiner Identifizierung mit dem Grundstück, ferner deren Zubehör. Als unbewegliche weil eigentumsähnliche Rechte gelten ferner *Superfizies* und *Emphyteuse*. Auch sind Rechte immobil, die sich an Grundstücke knüpfen, insbesondere *Grundgerechtigkeiten*. Immobil ist endlich das *Bergbaurecht*.[11]

---

7) l. 4 § 1 D. in qu. c. pignus 20, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 297.

8) Der natürliche Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien macht sich im römischen Rechte in mehreren Beziehungen geltend. Das interdictum uti possidetis und das interdictum unde vi bezog sich nur auf Immobilien, ebenso das interdictum quod vi aut clam. Dotalgrundstücke sind unveräußerlich. Nur an Mobilien ist ein furtum möglich. Vgl. noch l. 66 D. de V. S. 50, 16. Tiefer gehen die Unterschiede im deutschen Rechte. Auf ihm beruht das Recht des B.G.B., welches geradezu ein besonderes Mobiliar- und ein besonderes Immobiliarsachenrecht ausgebildet hat.

9) l. 20 § 4 D. quod vi 43, 24. Seeschiffe werden als „schwimmende Gebäude" derzeit in mehreren Punkten ähnlich wie Immobilien behandelt. Vgl. Goldschmidt, Handelsr. Bd. 2 S. 4 Anm. 8, Stobbe, d. P. R. 3. Aufl. Bd. 1 § 63 Anm. 16, B.G.B. §§ 1259 ff., Zw.V.G. §§ 162 ff.

10) In Rom war der Ausdruck zweideutig. l. 93 D. de V. S. 50, 16.

11) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller ziehen überwiegend den Kreis der immobiliaren Rechte weiter und bezeichnen alle dinglichen Rechte an Immobilien als immobil. Es besteht aber Streit, ob auch das Pfandrecht immobiliar sei, was viele verneinen, weil es ein Accessorium einer Forderung ist. Ferner ist streitig, ob eine Forderung auf Übereignung von Immobilien zu den immobiliaren Rechten gehört, vgl. Glück Bd. 2 S. 481, Windscheid § 139 Anm. 5, Regelsberger Bd. 1 § 98 Anm. 19. Die C.P.O. unterscheidet in Ansehung der Zwangsvollstreckung bewegliches und unbewegliches Vermögen; über letzteres vgl. §§ 864 ff. Vgl. auch B.G.B § 1551 Abs. 2 über „unbewegliches" Vermögen bei der Fahrnisgemeinschaft.

§ 75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen.[1]

1. Gewisse Güter dienen den allgemeinen menschlichen Bedürfnissen durch die Eigenschaften ihrer *Gattung und Art*, ohne daß es auf etwaige individuelle Besonderheiten ankommt. Deshalb beachtet auch der Verkehr in der Regel nur deren Gattung, Art und Zahl. Man nennt sie *Fungibilien* oder *vertretbare Sachen*,[2] weil sie im *Verkehr* gleichgeachtet werden und *sich vertreten können*, *Quantitäten* oder *Quantitätssachen*, weil nur ihre *Zahl*, nicht ihre Individualität in Betracht kommt.[3]

Dahin gehören Getreide, Wein, Öl, Wolle, ferner das Geld, d. h. das staatlich festgestellte allgemeine Maß und Surrogat der Vermögensbestandteile. Es sind auch fungibel gleichartige Wertpapiere, d. h. Urkunden über einen Anspruch auf Geld oder andere Fungibilien, dessen Geltendmachung und Verwertung an die Urkunde geknüpft ist.[4 5]

Ist die Zahl geschuldeter Fungibilien fest bestimmt, so ist der Gegenstand der Schuld unzweideutig normiert. So bestimmte Ansprüche — certae[6] — sind prozessualisch vielfach ausgezeichnet.[7]

Darlehen können nur in Fungibilien bestehen. Nur Ansprüche auf Fungibilien endlich sind verzinsbar im eigentlichen Sinne.

Den Gegensatz zu den Fungibilien bilden die *Individualsachen* — *Species* —, bei denen man in der Regel auf das besondere Individuum Gewicht legt, z. B. ein Haus, Gemälde, Pferd.

Die *Regel* des Verkehrs bestimmt über die Eigenschaft der Sachen

---

1) Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 21. Karlowa, Begriff der fungibeln Sachen in Grünhuts Ztschrft. Bd. 16 S. 416.

2) So auch B.G.B. § 91.

3) Über die Geschichte der Bezeichnung „fungibel" vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 166. Die Römer sprechen von res, quae pondere, numero, mensura constant Gaj. Inst. III § 90, l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, siehe auch l. 29 in fine D. de solutionibus 46, 3. In l. 2 § 1 D. d. r. c. sagt Paulus libro 28 ad edictum: eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest.

4) Über Wertpapiere vgl. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 140 ff., Ernst Jacobi, die Wertpapiere im Bürg. R., 1901.

5) Man spricht von „fungibeln Handlungen", wenn im Verkehr auf die Individualität des Leistenden kein Gewicht gelegt wird, im Gegensatz von nichtfungibeln, bei welchen es auf die Persönlichkeit des Leistenden ankommt.

6) l. 74, l. 75 § 1 und § 2 D. de verb. obl. 45, 1.

7) Nur wegen Ansprüche auf eine bestimmte Summe von Fungibilien sind exekutorische Urkunden mit sofortiger Zwangsvollstreckung zulässig, C.P.O. § 794 Ziff. 5, findet der Urkundenprozeß, C.P.O. § 592, das Mahnverfahren statt, C.P.O. § 688.

als vertretbarer oder nicht vertretbarer. Im Einzelfall aber kann, was regelmäßig als Individualsache gilt, bloß nach Gattung und Art in Betracht kommen, z. B. bei einem Lieferungsvertrag über 100 Pferde für eine Pferdeeisenbahn; — oder umgekehrt was regelmäßig vertretbar ist, als Spezies behandelt werden, z. B. Geldstücke.

2. Verbrauchbare Sachen — Konsumtibilien — sind diejenigen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, z. B. Getreide, Wein, Öl. Dabei ist zunächst an die körperliche Vernichtung gedacht, doch auch Geld und was dem Verkehr als Geld dient,[8] ist zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen, weil es für seinen Eigentümer durch den Gebrauch verbraucht wird.[9]

3. Die Eigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit finden sich meist zusammen. Aber nicht immer ist dies der Fall. Es sind z. B. nichteingebundene Bücher, ferner Wertpapiere vertretbar, nicht verbrauchbar.

§ 76. Teilbarkeit der Sachen.[1]

Körperliche Sachen sind in der Regel körperlich teilbar, d. h. in selbständige Sachen zerlegbar. Die Teilung von Immobilien geschieht durch Ziehung von Grenzen; es genügt deren rechtsverbindliche Feststellung, auch wenn sie noch nicht äußerlich markiert sind.[2] Horizontale Teilung, insbesondere nach Stockwerken, ist unzulässig; denn das Eigentum des Bodens zieht den ganzen auf ihm errichteten Bau nach sich.[3]

8) Nicht als verbrauchbar behandelt Regelsberger Bd. 1 § 100 „Banknoten mit Nummern". Mit Unrecht. Soll der Nießbrauch an ihnen ein „wahrer" sein, welcher zu ihrer Rückgabe in specie verpflichtet? dann wäre der Nießbraucher zu bedauern. Banknoten, die nicht numeriert sind, gibt es übrigens nicht.

9) Nach B.G.B. § 92 sind verbrauchbare Sachen auch solche Mobilien, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in ihrer Veräußerung besteht, und es gelten als verbrauchbar auch bewegliche Sachen, die zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

1) Wächter, Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 n. 7. Steinlechner, das Wesen der juris communio I S. 5 ff. Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 387.

2) Jeder Teil wird zum selbständigen Grundstück. Historisch betrachtet bleibt er aber Teil des ursprünglichen Grundstückes. Dies hat praktische Bedeutung, wenn das Gesamtgrundstück mit dinglichen Lasten, z. B. Pfandrechten beschwert war. Daher l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16 Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Vgl. l. 6 § 1 D. comm. praed. 8, 4, l. 5 § 16 D. de rebus eor. 27, 9. Von einer communio pro diviso sprechen die Römer auch, wenn ein Grundstück, wie namentlich eine Insel, zwar natürlicherweise etwas Einheitliches, aber nach bestimmten Teilen geteilt ist, l. 29 D. de a. r. d. 41, 1.

3) So das römische Recht, einfach, logisch, starr. Aber in Deutschland hat sich vielfach partikularrechtlich Eigentum an einzelnen Stockwerken gebildet und erhalten, Kuntze, die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum 1888; R. Schröder, über

Teilung der Nutzung nach Stockwerken ist tunlich. Mobilien werden durch körperliche Zerlegung geteilt.[4]

Das Recht kann körperliche Sachen zu unteilbaren machen, und zwar entweder absolut oder relativ.

a) Teilungsverbote, welche auf dem öffentlichen Rechte beruhen, bewirken absolute Unteilbarkeit. Solche Teilungsverbote kommen in Partikularrechten vor, indem sie z. B. die Teilung von Bauernhöfen oder von Waldungen ausschließen.[5]

b) Die relative Unteilbarkeit beruht auf privatrechtlichen Gesichtspunkten. Relativ unteilbar sind Objekte, deren körperliche Teilung seitens eines Miteigentümers nicht erzwungen werden kann. Dergestalt unteilbar sind Objekte, deren körperliche Teilung zu einer Vernichtung ihres Wesens oder zu einer Wertzerstörung führen würde.[6] Es gehören hierher

---

eigentümliche Formen des Miteigentums, 1896; diese volkstümliche Rechtsbildung ist nicht um des romanistischen Prinzips willen zu ersticken. Auch Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 182 läßt sie unberührt.

4) Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 4 — ähnlich Regelsberger Bd. 1 § 101 Anm. 3 — behauptet, auch bei Mobilien sei Realteilung ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges, also durch bloße Abgrenzung zulässig, obgleich nicht das Gewöhnliche. Er stützt sich auf l. 83 D. pro socio 17, 2; mit derselben stehe zwar l. 19 D. comm. div. 10, 3 in Widerspruch, aber es sei ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen und nicht umgekehrt. Es besteht indessen kein Widerspruch unter diesen Entscheidungen, die beide von Paulus herrühren. Beide sprechen gleichermaßen gegen die Behauptung Windscheids. Paulus behandelt den Fall, daß ein Baum auf der Grenze stand und gefällt wird. Solange er auf der Grenze stand, sagt Paulus, war er durch die Grundstücksgrenze, die durch ihn laufend gedacht wurde, realiter geteilt. Nachdem er aber gefällt ist, ist er eine bewegliche Sache, die im Miteigentum der Grundstücksnachbaren nach ideellen Teilen steht. Dies gilt also auch dann, wenn die Grundstücksgrenze am Baume markiert sein sollte. Insbesondere führt l. 83 D. pro socio 17, 2 Paulus libro primo manualium aus: an qua ratione duabus massis duorum dominorum fiatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat. — Windscheid scheint anzunehmen, Paulus verneine in den letzten Worten die von ihm aufgeworfene Frage und nehme schließlich partes pro diviso an dem gefällten Baumstamm an. Dies ist nicht der Fall. Paulus hält die Frage durch die Formulierung seiner Frage für entschieden. Nur das fügt er hinzu, daß die nunmehrigen ideellen Teile am Baum der Größe der bisherigen reellen Teile entsprechen. Dies nur drücken die Worte tantam partem, quantam in terra habebat aus. Nach B.G.B. § 923 gehört der gefällte Baum den Nachbarn „zu gleichen Teilen". Auch die l. 8 D. de rei vind. 6, 1 sagt: Mobilien können nicht pro diviso besessen werden; dies doch gewiß nur, weil sie nicht körperlich geteilt im Eigentume stehen können. Vgl. Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 360, Arch. f. zivil. Prax. Bd. 84 S. 305. Siehe jedoch B.G.B. § 865, Bürg. R. Bd. 3 § 15 S. 51.

5) Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 119 bleiben sie unberührt. Etwas Verwandtes ist, daß Aktien unteilbar sind, H.G.B. § 179.

6) l. 26 § 2 D. de leg I. Pomponius libro 5 ad Sabinum: In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non

z. B. Reitpferde, Gemälde, Diamanten, Spiegelscheiben, die gemeinsame Einfahrt zweier Häuser, welche ohne unverhältnismäßige Kosten nicht ersetzbar wäre.[7]

Teilrechte, d. h. bloß gedachte Bruchteile — partes pro indiviso — sind sowohl an unteilbaren wie an teilbaren Objekten möglich.[8]

§ 77. Pertinenzen.[1]

Pertinenzen — Zubehör-, Hilfs- oder Nebensachen, — sind Objekte, welche zusammen mit einer anderen Sache — der Hauptsache — demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen, weshalb beide im Verkehr als eine einheitliche Größe gelten.

1. Die Folge der Pertinenzeigenschaft war in Rom einzig, daß sich Rechtsgeschäfte, insbesondere Verkäufe, Vermächtnisse, Verpfändungen, über die Hauptsache in Ermangelung abweichender Parteierklärungen auch auf deren Pertinenzen erstreckten.[2]

Es gelten nach römischem Rechte als Pertinenzen auch nur gewisse geringwertige, der stetigen Benutzung der Hauptsache dienende Hilfssachen.

Vor allem sind Immobilien mit Pertinenzen ausgestattet, aber auch Pertinenzen von Mobilien kommen vor, insbesondere von Schiffen.

Pertinenzen eines Hauses sind unter anderem Fensterläden, Schlüssel;[3] Pertinenzen eines landwirtschaftlichen Grundstückes der ihm bestimmte

potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est. § 5 J. de officio judicis 4, 17. l. 34 § 2b C. de donat. 8, 53.

7) Vgl. Zimmermann, Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 n. 20.

8) l. 35 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. Der Sinn ist: man kann auch einen ideellen Teil einer unteilbaren Sache vindizieren, da die Auseinandersetzung durch Wertausgleichung erfolgen kann. Über R.G. Bd. 33 S. 165 vgl. Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 308. — Miteigentum zu ideellen Teilen ist auch an Aktien möglich und häufig.

1) Gesterding, Irrtümer der Rechtsgelehrten S. 301 ff. Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827. Wächter, Württ. Pr.Recht Bd. 2 S. 242 ff. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56. Goeppert, über die organischen Erzeugnisse S. 59. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 n. 1.

2) Kohler a. a. O. hebt energisch hervor, daß die Zweckverbindung verschiedener Sachen im Interesse der Kultur ist, daß die Auflösung derselben und Zersplitterung die Erreichung derjenigen Kulturzwecke hindert, welchen die Sachen in ihrem Zusammenhang dienen, z. B. im Fall der Trennung von Ackervieh und Saatkorn vom Landgut, der Maschinen und Arbeitsgeräte von der Fabrik. Doch das römische und gemeine Recht überläßt die Würdigung dieser Momente, die keineswegs immer gleichmäßig im gegebenen Falle zutreffen, den Beteiligten und kommt der Erhaltung des wirtschaftlichen Ganzen nur durch eine Vermutung zu Hilfe.

3) l. 17 pr. D. de act. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra: multa

Düngervorrat, sowie die dem Vieh untergelegte Streu,[4] ferner Anteile an einem Brunnen, an Weidegrundstücken,[5] Pertinenzen eines Weinberges die Weinbergspfähle.[6]

Die Widmung zum Dienste der Hauptsache muß tatsächlich verwirklicht sein. Baumaterialien — ruta caesa — sind, wenn auch angefahren, nicht Pertinenz des Baugrundstückes. Was bloß zeitweise weggenommen ist, z. B. Vorfenster, Weinbergspfähle, Ziegel, bleibt Pertinenz.[7] Nur was der Sachbesitzer in den Dienst der Hauptsache stellt, ist Pertinenz derselben, nicht was dem bloßen Nutzungsberechtigten gehört.[8]

Objekte, welche zwar den Zwecken einer anderen Sache dienen, aber von solcher Bedeutung für den Verkehr sind, daß dieser sie regelmäßig als selbständige Sachen behandelt und hervorhebt, gelten dem römischen Recht nicht als Pertinenzen. Daher wurde das Inventar eines Landgutes,[9] Pekuliargut eines Sklaven von den Römern nicht als Pertinenz angesehen.[10]

Körperliche Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache ist für den Pertinenzbegriff nichts Wesentliches. Unrichtig aber ist die vielfach vertretene Behauptung, daß die mit einer anderen körperlich verbundenen und ihr hierdurch eingefügten Sachen nicht Pertinenzen sein können, weil sie eben zu Sachteilen geworden seien.[11]

Denn es fragt sich, ob der Erwerber der Hauptsache durch Kauf, Vermächtnis, ob der Pfandgläubiger Ansprüche auf solche Inkorporationen

---

etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiam si aedificio cohaerent.

4) l. 17 § 2 D. de a. e. v. 19, 1.

5) l. 20 § 1 D. si serv. 8, 5, l. 91 §§ 4 und 5 D. de leg. III. Goeppert a. a. O. S. 65 behauptet, es sei nicht wahr, daß ein Grundstück jemals Pertinenz eines anderen sei; dagegen Windscheid Bd. 1 § 143 Anm. 9. Nach B.G.B. § 97 sind nur bewegliche Sachen „Zubehör".

6) l. 17 § 11 D. de a. e. v. 19, 1.

7) l. 18 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Javolenus libro 7 ex Cassio: Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud juris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur. Vgl. B.G.B. § 97 Abs. 2.

8) Nach Kohler a. a. O. S. 69 ist Pertinenz auch nicht, was der Nichteigentümer, welcher als Eigentümer besitzt, zubringt. Aber wenn er die Hauptsache verkauft, veräußert er damit auch solche Pertinenzen. So auch R.G. Bd. 28 S. 148. Nach B.G.B. ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, wer das Zubehörstück in den Dienst der Hauptsache gestellt hat.

9) l. 2 § 1 D. de instructo vel instrumento legato 33, 7.

10) l. 1 § 1 D. de pign. 20, 1. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 435 Anm. 7.

11) Übereinstimmend Windscheid Bd. 1 § 143 Anm. 7; vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56. Die Frage, was ein Sachteil sei, ist in erster Linie eine physikalische, was Pertinenz bildet, eine wirtschaftliche. Über die rechtliche Behandlung der Sachteile vgl. unten §§ 208, 209.

hat, oder ob sie der Verkäufer, Erbe, Besitzer abtrennen und für sich zurückhalten darf? Und für *diese Frage* entscheidet die Bestimmung der einverleibten Sache. Wurde sie vom Besitzer nur zu temporären oder persönlichen Zwecken eingefügt, so darf er sie wegnehmen, für sich zurückbehalten, weil sie eben nicht Pertinenz ist.[12] Was dagegen der Hauptsache einverleibt wurde, um ihr *dauernd zu dienen*, hat Pertinenzqualität; es darf nicht von ihr getrennt werden, ist insbesondere dem Käufer oder Vermächtnisnehmer mitzuüberliefern.[13]

Die bisherige Hilfssache verliert die Eigenschaft als Zubehör, wenn sie von ihrem Besitzer anderen wirtschaftlichen Zwecken gewidmet wird, nicht minder, wenn sie an jemanden veräußert wird, der nicht Eigentumsbesitz der Hauptsache hat.

2. Nach *deutschen Rechtsanschauungen* ist alles Pertinenz, was mit der Hauptsache *wirtschaftlich eine Einheit bildet*. Dies hat auf das gemeine Recht und noch mehr auf die Partikularrechte eingewirkt. Nach vielen Partikularrechten gilt insbesondere das landwirtschaftliche Inventar eines Grundstückes als dessen Pertinenz.[14]

Es ist ferner die Wirkung der Pertinenzeigenschaft eine weit durchgreifendere als nach römischem Recht. Namentlich gelten die beweglichen Pertinenzen eines *Grundstücks*, so lange sie demselben gewidmet bleiben, als *immobil*. Sie unterliegen daher mit ihm der Verhypothezierung, auch wo Hypotheken nur an Immobilien möglich sind, sowie immobiliarer Zwangsvollstreckung.[15]

IV. § 78. Frucht und Kapital.

1. *Frucht* — Einkommen — *ist der regelmäßige Ertrag* einer Sache oder eines anderen Vermögensbestandteiles — des *Kapitals*.[1] Die menschliche Wirtschaft muß notwendig einerseits den Kapital-

12) Vgl. die oben Anm. 3 abgedruckte l. 17 pr. D. de a. e. v. 19, 1, l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16, l. 245 D. eod.

13) Im Zweifel ist bei Kohärenz des Gegenstandes für die Pertinenzeigenschaft zu entscheiden; denn die körperliche Verbindung kann als Zeichen für die Absicht gelten, die Nebensache zum dauernden Gebrauch der Hauptsache zu bestimmen. l. 38 § 2 D. de act. e. v. 19, 1, l. 21 D. de instructo 33, 7. Seuff. A. Bd. 7 n. 286. Im Sinne einer tatsächlichen Vermutung hat also der alte Spruch Bedeutung, daß Pertinenz sei, was wand-, band-, niet- oder nagelfest ist.

14) Ebenso B.G.B. § 98 Ziff. 2. R.G. Bd. 20 S. 203 behandelt Maschinen als Pertinenzen der Fabrik, wenn sie dem bleibenden Zweck des Immobile und damit den Bedürfnissen eines jeden Besitzers zu dienen bestimmt erscheinen. Vgl. auch R.G. in Seuff. A. Bd. 47 n. 181.

15) So B.G.B. §§ 1120—1122, C.P.O. § 865.

1) Ähnlich Czyhlarz bei Glück, Bücher 41 und 42 Bd. 1 S. 389. — Die folgenden Ausführungen schließen sich vorzugsweise an Leo v. Petrażycki, L. v. Einkommen 1. Band 1893 an. Neuerdings Reichel in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 205.

stock oder die Substanz des Vermögens und andererseits dessen Frucht oder Einkommen unterscheiden. Dieser wirtschaftlichen Unterscheidung schließt sich das Recht an.[2]

Die herrschende Lehre betrachtet dagegen den Fruchtbegriff nicht als einen wirtschaftlichen, sie sieht in ihm etwas Naturwissenschaftliches, indem sie Frucht mit dem „organischen Erzeugnis“[3] einer Sache identifiziert. Das ist verwirrend. Allerdings sind die meisten organischen Erzeugnisse, welche auf einem Grundstück aus Samen oder Stecklingen erwachsen, dessen Früchte. Dies sind sie aber nur, wenn sie dessen regelmäßigen Ertrag bilden, was wohl bei Getreide, Obst, Gras, keineswegs aber schlechthin bei Bäumen der Fall ist, welche doch auch s. g. Bodenerzeugnisse sind.[4] Andererseits sind Bestandteile des Erdkörpers, z. B. Steine, Mineralien, Ziegelerde, welche gewiß keine Erzeugnisse des Grundstücks sind, Frucht desselben, wenn sie einen regelmäßigen Ertrag des Grundstücks abgeben.[5] Gleiches gilt vom Jagdertrag.[6] [7]

Der Fruchtnutzen von Tieren ferner besteht in ihrem Arbeitsertrag, ebenso wie in Wolle, Milch, Tierjungen.[8] Als Fruchtnutzen der Sklaven galt in Rom nur ihr Arbeitsertrag, nicht aber das Sklavenkind, ihr organisches Erzeugnis.[9]

---

2) Den ökonomischen Gesichtspunkt hebt ausdrücklich hervor l. 77 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 49 ad edictum: Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit.

3) So namentlich Goeppert, über die organischen Erzeugnisse 1869, Regelsberger Bd. 1 § 103. Hiernach B.G.B. § 99. Vgl. über dasselbe Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 32.

4) Vgl. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum . . . puto autem si arbores caeduae fuerunt vel gremiales dici oportet in fructu cedere. Nicht zu den Früchten gehören einzelne abgängige Bäume. Ist ein Wald durch Windbruch niedergeworfen, so gehört zur Frucht nur, was dem Jahresertrag entsprechen würde, das übrige ist Substanz.

5) l. 7 § 14 D. soluto matrimonio 24, 3. In l. 7 § 13 wird die Sache ebenso behandelt. Als Frucht im engeren Sinne wird freilich dort nur angesehen der Marmor von der Beschaffenheit, ut lapis ibi renascatur. Vgl. hierüber Petrażycki S. 88.

6) l. 26 D. de usuris 22, 1 Julianus libro 6 ex Minicio: Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Anders Petrażycki S. 174, Reichel S. 216.

7) Keine Frucht des Grundstückes ist der in ihm gefundene Schatz. Er bildet keinen regelmäßigen Ertrag.

8) l. 39 § 1 D. de leg. I. — l. 68 § 1 D. de usufructu 7, 1, l. 28 pr. D. de usuris 22, 1, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 31, l. 79 D. de rei vind. 6, 1. Tit. Dig. de operis serv. 7, 7, Petrażycki S. 61. Hinsichtlich des Sklavenkindes bezeugt Ulpian libro 17 ad Sabinum, l. 68 pr. D. de usufructu 7, 1: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti — vgl. l. 2 § 39 D. de or. jur. 1, 2 — sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse

Den Fruchtertrag eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks bilden die Miet- und Pachtzinsen.[10]

Da die Substanz einer Herde wirtschaftlich etwas anderes ist, als die Einzeltiere, welche sie bilden, ist auch der Fruchtnutzen beider etwas Verschiedenes.[11] Entsprechendes gilt für alle Sachgesamtheiten.

Zinsen bilden den Fruchtertrag eines Kapitals von Geld oder anderen Fungibilien. Doch unterliegen sie besonderer Behandlung.[12]

2. Unter Frucht versteht man nicht bloß den Brutto-, sondern auch den Nettoertrag eines Kapitals — dessen Reineinkommen.[13] Dasselbe ergibt sich durch Berechnung des Wertes der Bruttofrucht unter Abzug der Kosten der Bestellung und der Versicherung der Früchte, sowie der laufenden Verwendungen, welche zur Erhaltung des Kapitals erforderlich sind.[14]

3. Die von einer körperlichen Sache gewinnbaren Früchte sind:

a) ungetrennte — fructus stantes, pendentes. Sie sind noch notwendig Teile derselben.[15] Sie stehen in der dinglichen Rechtsstellung der fruchttragenden Sache. Sie können noch nicht Gegenstand besonderen Eigentumes[16] oder besonderer dinglicher Rechte sein. Geschäfte über

---

potest. l. 28 § 1 D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum . . . cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit. Vgl. Petražycki S. 82, 229.

10) l. 62 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area. quae locari solent . . . etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit sed jure percipitur. l. 38 § 13 D. de usuris 22, 1, l. 8 § 2 D. de rebus a. jud. 42, 5. Anderwärts werden die Mietgelder als loco fructuum bezeichnet. l. 29 D. de her. pet. 5, 3, l. 34 D. de usuris 22, 1. In l. 121 D. de V. S. 50. 16 sagt Pomponius libro 6 ad Quintum Mucium: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

11) l. 70 § 3 D. de usufr. 7, 1, Petražycki S. 99.

12) Durch Rechtsgeschäfte aus einem Kapital gewonnene Früchte nennt man bürgerliche; vgl. aber Petražycki S. 262.

13) l. 1 C. de fruct. 7, 51. Hoc fructuum nomine continetur. quod justis sumptibus deductis superest, l. 46 D. de usur. 22, 1, Petražycki S. 144.

14) Vgl. Petražycki S. 150.

15) l. 44 D. de rei vind. 6, 1. Gajus libro 29 ad edictum provinciale. Fructus pendentes pars fundi videntur, l. 25 § 6 D. quae in fraudem creditorum 42, 8 und hierzu Lenel edictum perpetuum S. 399.

16) Der Käufer stehender Bäume hat daher nur eine Klage auf Übergabe der Bäume. Er wird nicht deren Eigentümer, solange sie anstehen, selbst wenn sie speziell bezeichnet und angeschlagen sein sollten, l. 40 D. de act. e. v. 19, 1. Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habebit actionem.

hängende Früchte sind nur in derselben Weise wie über künftige Sachen anderer Art möglich.[17] [18]

b) Mit der Trennung der Frucht — ihrer Separation — entsteht eine neue selbständige Sache. Viele hegen freilich die Ansicht, daß die getrennte Frucht fortdauernd Teil der fruchttragenden Sache sei. Die Fruchttrennung führt man aus, bildet nur eine Vervielfältigung des Eigentums, gerade so, wie wenn der Eigentümer seinen Bogen Papier oder seinen Laib Brot zerschneidet.[19] Dies ist irrig. Die separierte Frucht hat selbständige Form, selbständigen Namen und ist selbständige Sache. Das Fohlen dankt der Stute seine Entstehung, aber ein Teil derselben ist es nicht.

4. Wie das Wort „Frucht" den doppelten Sinn Brutto- und Nettoertrag hat, so hat auch der Ausdruck „fructus percepti" eine Doppelbedeutung. Er bezeichnet einmal Früchte, deren Besitz man ergriffen hat, und außerdem den mittels Verwertung der Naturalfrüchte gewonnenen Reinertrag.[20]

5. Gewinnbare Früchte — fructus percipiendi — bilden den Reinertrag, welcher aus einem Kapital erzielt werden kann. Wer zum Fruchtersatz verbunden ist, hat meist auch den gewinnbaren Fruchtertrag zu erstatten. Dies erleichtert dem Kläger die Durchführung seiner Ansprüche. Denn was ein Beklagter aus dem fruchttragenden Kapital wirklich gezogen hat, läßt sich häufig nicht nachweisen; was aber das Kapital hätte bringen können, ist in der Regel durch Sachverständige festzustellen.[21]

17) Künftige Früchte können verkauft oder sonst versprochen werden, wobei ihre dereinstige Entstehung vorausgesetzt wird, l. 8 D. de contr. empt. 18, 1. Sie sind auch im voraus verpfändbar, müssen aber, damit das Pfandrecht entsteht, zur Zeit ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders treten, l. 15 pr. D. de pign. 20, 1.

18) Nach deutscher Auffassung sind ungetrennte Früchte, nachdem sie erkennbar hervorgetreten sind, bereits selbständige Sachen. Gemäß derselben läßt die C.P.O. §§ 810, 824 die „Pfändung" solcher Früchte behufs der Zwangsvollstreckung zu, indessen nur solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist, vgl. auch Abs. 2 des § 810. Das B.G.B. steht auf dem römischen Standpunkt.

19) Brinz Bd. 1 S. 546 und insbesondere Goeppert a. a. O. S. 176. Mit Recht hebt Petražycki, Fruchtverteilung S. 99 hervor, daß — l. 2 D. de pro suo 41, 10 — der Erwerbstitel der „fructus rei emtae" nicht „pro emtore" sondern „pro suo" war. Gleiches galt für das Sklavenkind. Näheres hierüber in den ersten drei Aufl. dieses Buches Anm. 14. Siehe auch Petražycki, Fruchtverteilung S. 122.

20) l. 9 § 6 D. de reb. a. jud. 42, 5. quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit, neque locavit. Petražycki S. 177.

21) Vgl. Petražycki, Einkommen Bd. 2 S. 61.

Vierter Abschnitt.

Rechtserwerb und Rechtsverlust.

Erstes Kapitel.

Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§ 79. Die juristischen Tatsachen.[1]

Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne sind *Tatsachen*, d. h. im *Raum und in der Zeit sich abspielende, sinnlich wahrnehmbare Begebenheiten*, nicht minder Vorgänge des menschlichen Seelenlebens. Durch Tatsachen vollzieht sich der Erwerb, die Veränderung, der Verlust der Rechte. Und wie die Rechte begrifflich aus Tatsachen fließen, so läßt sich deren Existenz praktisch nur aus Tatsachen erschließen und erkennen. Daher dreht sich jeder Rechtsstreit in erster Linie um die rechtsbegründenden, rechtsverändernden und rechtsvernichtenden Tatsachen. Man nennt mit Fug solche *rechtsgestaltenden* Tatsachen *juristische*, denn sie sind es, welche das Rechtsleben bestimmen.

Die Gesamtheit der Tatsachen, welche zu einer Rechtswirkung erforderlich sind, bildet deren *juristischen Tatbestand*.[2]

Dieser Tatbestand hat rechtliche Wirkung nur unter der Anerkennung und unter dem Schirm der Rechtsordnung.[3] Doch muß man sich die Rechtsordnung dabei nicht als einen deus ex machina denken, so daß sie willkürlich an Tatsachen Rechtswirkungen knüpft. Vielmehr ist die Wirkung der wichtigsten juristischen Tatsachen, z. B. des Deszendentenverhältnisses, der Ehe, des Kaufes, des Darlehns durch die Notwendigkeit des menschlichen Zusammenlebens und die Eigenart des betreffenden Volks und Staats begründet. Es wohnen den juristischen Tatsachen rechtsbildende Kräfte inne, welche die Anerkennung des Rechts herausfordern.

---

1) Vgl. namentlich die Untersuchungen von Bekker Bd. 2 §§ 30 ff. — Die Ausführungen der §§ 79—84 sind auch für die Theorie des B.G.B. die maßgebenden. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 S. 312 ff.

2) Regelsberger Bd. 1 § 118.

3) Ein vielzitiertes Wort Windscheids ist — Bd. 1 § 63 —: „Man sagt von dem Tatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das *eigentlich Wirkende* ist der an diesen Tatbestand angeknüpfte *Spruch der Rechtsordnung*." Vgl. aber Zitelmann, Irrtum S. 280; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 153.

Die juristischen Tatsachen bilden zwei Hauptgruppen, nämlich *Handlungen*, d. h. *Willensäußerungen der Beteiligten*, und andere *Ereignisse*, z. B. Geburt, Tod, Zeitablauf.

Die Handlungen sind teils *bloße Willensäußerungen*, z. B. ein Testament, teils *Realakte*, bei denen sich die Willenserklärung mit einer anderen Tatsache verbindet, z. B. Besitzergreifung, Hingabe eines Darlehens.

Der Wille kann sich auch in *Unterlassungen* betätigen.[4] Daher betrachtet man die Unterlassungen als Unterart der Handlungen und nennt sie *negative Handlungen*.

Zu den Handlungen gehören Rechtsgeschäfte und Delikte.[5] *Rechtsgeschäfte* sind Willensäußerungen, durch welche der Handelnde seine Rechtsverhältnisse selbstbestimmend gestaltet, sie bilden die Mittel seiner privatrechtlichen Freiheit.[6] *Delikte* sind schuldhafte rechtsverletzende Handlungen, an welche sich Bestrafung und Schadensersatzpflicht des Schädigers knüpft, damit sein Unrecht gesühnt und gut gemacht werde. Auch Delikte sind gewollt wie Rechtsgeschäfte, aber die rechtliche Wirkung des Delikts tritt dem Willen des Delinquenten zum Trotz ein, die des Rechtsgeschäfts ist dem Willen des Handelnden grundsätzlich entsprechend.

Tatbestände als Ursachen von Rechtswirkungen nennt man *Titel*. Beruhen sie auf Verträgen, so heißen sie *Vertragstitel*; sind sie vom Willen der Beteiligten unabhängig, so spricht man von *gesetzlichen Titeln*.

§ 80. Der Rechtserwerb.

Die *Selbsterschaffung des Rechtes der Beteiligten* durch ihren *Willen* war das Ideal der Römer, welches sie möglichst zu verwirklichen suchten. Den realen Verhältnissen gegenüber war dies freilich nicht selten nur in künstlicher und gezwungener Weise tunlich.

---

4) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 92 S. 1, auch besonders erschienen.

5) Diese beiden Kategorien erschöpfen übrigens die juristisch in Betracht kommenden Handlungen nicht. Fahren oder gehen über ein Grundstück kann zur Ersitzung einer Servitut führen; es ist jedoch weder Rechtsgeschäft noch an sich Delikt: Schloßmann, Vertrag S. 129. Ferner kann dieselbe Handlung ein Rechtsgeschäft bilden und zugleich ein Delikt, z. B. die Veräußerung einer deponierten Sache, die ein furtum bildet. Aber dies spricht nicht gegen die Einteilung. Denn eine solche Handlung bildet von gewissen Gesichtspunkten aus und nach gewissen Richtungen ein Delikt, nach anderen ein Rechtsgeschäft. Anders Schloßmann, Vertrag S. 130, vgl. gegen ihn Thon, Rechtsnorm S. 368 ff. Gegen den Begriff der juristischen Handlungen Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung 1900 S. 24 Anm. 1.

6) Vgl. unten § 91.

Dem deutschen Recht dagegen galt als das Naturgemäße, daß das Individuum infolge seiner Geburt, sozialer Momente, der Lebensverhältnisse in gegebene Rechtsbeziehungen eintrete. Der individuelle Wille hatte daneben ursprünglich nur einen sehr beschränkten Raum. Erst mit der Rezeption des römischen Rechtes wurde dem Willen der einzelnen sowohl im Verkehr unter Lebenden als bei letztwilligen Verfügungen freiere Bahn eröffnet. Aber die römische Grundanschauung, wonach der Erwerb von Rechten normalerweise nur aus dem Willen des Berechtigten hervorgeht, und die Rechtspflichten grundsätzlich nur auf dem Willen des Verpflichteten beruhen, blieb eine fremde. Dies bewirkte zahlreiche und tiefgreifende Umgestaltungen.

Recht anschaulich macht dies ein Verhältnis des Nachbarrechts. Drohte das Nachbarhaus dem Einsturz, so war der Eigentümer des baufälligen Hauses in Rom an sich zur Reparatur nicht verpflichtet, er hatte von Rechts wegen nicht für Schaden durch den Einsturz aufzukommen; aber der durch den Einsturz gefährdete Nachbar konnte die Übernahme der Schadensersatzpflicht durch Stipulation — cautio damni infecti — fordern; die Verweigerung der Kaution hatte empfindliche Nachteile im Gefolge.[1]

Der heutigen Rechtsauffassung erscheint es als zweckloser Umweg, solcher Gestalt eine Willenserklärung zu erzwingen, statt die Wirkungen, welche sich an sie knüpfen würden, direkt eintreten zu lassen. Dieser Auffassung gibt Ausdruck C.P.O. § 894: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."[2]

Die verschiedenen Grundrichtungen treten besonders kontrastierend im Prozeß hervor. Der Aufbau des römischen Prozesses ruhte auf dem Gedanken eines Prozeßvertrags — judicio contrahitur.[3] — Man sah ihn in der Litiskontestation, ursprünglich der beiderseitigen Annahme des Geschworenenrichters, welchen der Prätor auf Grund der Parteiverhandlung bestellt hatte. Deshalb erschien den Römern in alter Zeit ein Prozeß unmöglich, wenn sich nicht beide Teile vor dem Magistrat zusammenfanden, um den Prozeßvertrag zu schließen. Ließ sich der Beklagte nicht ein, so trafen ihn die schwersten Nachteile, ein Prozeß aber

1) Ähnliches finden wir bezüglich der väterlichen Einwilligung zu Eheschließungen der Hauskinder. Der Hausvater sollte sie nicht ohne Grund verweigern; geschah dies dennoch, so wurde er zu deren Erteilung von dem Magistrate gezwungen. Eine Ergänzung durch die Obrigkeit findet nicht statt. l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2: „coguntur in matrimonium collocare et dotare".

2) Kipp, die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung 1892.

3) l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1. Das Nähere unten §§ 153 ff.

wurde gegen ihn nicht geführt. Diese Vorstellungen beherrschen den Prozeß nicht mehr. Nach jetzigem Recht urteilt die Obrigkeit über eingeklagte Ansprüche nicht erst infolge der Unterwerfung der Parteien, sondern *kraft ihrer Amtsgewalt*, und die durch den Prozeß bedingten Umbildungen des eingeklagten Rechtes treten von Rechts wegen ein, sie gelten nicht als Folge der Parteivereinbarung.

Ihren Grundtendenzen entsprechend führten endlich die Römer die obligatorischen Verpflichtungen sämtlich auf *Kontrakt* und *Delikt* zurück, also auf die eigenen Handlungen des Schuldners. Verbindlichkeiten, welche aus anderen Gründen entstanden, schlossen sich als Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto jenen beiden Hauptarten an, gleich als wäre auch ihr Grund eine Handlung des Schuldners.[4] In gleicher Weise erklärte man in Rom von Rechts wegen entstehende Pfandrechte durch die Fiktion eines stillschweigenden Pfandvertrages — tacita conventio — zwischen dem Eigentümer der Pfandsache und dem Gläubiger.[5] Die moderne Systematik läßt dies fallen. Sie stellt *gesetzliche* Obligationen und Pfandrechte den *vertragsmäßigen* als ebenbürtig zur Seite.

§ 81. Succession. Abgeleiteter Erwerb.

1. Die Rechtssubjekte wechseln, vergehen, die Güter bleiben. Es gilt dies vor allem von den Grundstücken, welche dem Nutzen ungezählter Generationen bestimmt sind. Wo heute der eine schaltet, werden morgen andere herrschen.

Es findet also Succession statt. Dieselbe kann eine *unverbundene* — originäre — oder eine *abgeleitete* — derivative — sein.

a) *Unverbunden* ist die Succession, wenn das Recht des Nachfolgers durch sich besteht, ohne seine Kraft dem Rechte des Vorgängers zu entnehmen. Ein Hauptfall ist die Ersitzung. Der Ersitzende erwirbt Eigentum, das bisher einem anderen zustand, infolge des fortgesetzten Besitzes und guten Glaubens *originär*. Er stützt sein Recht nicht auf dasjenige seines Vorgängers.[1] [2]

---

4) § 3 J. de oblig. 3, 13. Gaj. Inst. III §§ 88, 89.

5) Vgl. Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2.

1) Brinz Bd. 1 S. 244, 563, 595 vermeint: „der Usukapient erwerbe derivativ, nicht originär, vorhandenes, nicht werdendes Eigentum". Dies erweise sich daraus, daß er dominium tale erwerbe quale fuit, mit Servituten und Pfandrechten. Auch dies hat Anklang gefunden, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 119 Anm. 5 und dort Angef. Wenn aber A. sein Grundstück derelinquiert und B. dasselbe später okkupiert, so unterliegt dieser gleichfalls der Servituten- und Pfandbelastung des Grundstücks. Sollte

b) Die Succession bildet *abgeleiteten* Erwerb, wenn das Recht des Nachfolgers *seine Existenzbedingungen dem Rechte seines Vorgängers* — seines „Autors" — *entnimmt*.[3] Es sind dann auch die Schranken des Rechtes des Vorgängers die Schranken des Rechtes des Nachfolgers.[4]

2. Der *abgeleitete Erwerb* ist verschiedener Art. Der Rechtsnachfolger kann nämlich gerade dasjenige Recht erhalten, welches dem Vorgänger, von dem er dasselbe ableitet, zusteht, z. B. im Falle der Eigentumsübertragung durch Traditio, s. g. *translative Übertragung*, *vollkommene Rechtsnachfolge*. Dann gilt das Recht des Nachfolgers als identisch mit demjenigen des Autors.[5]

Abgeleiteter Erwerb liegt nicht minder vor, wenn die Rechte *ungleichartige* sind, wenn also zwar formell Neuschöpfung eintritt, aber das neue Recht von dem Rechte des Bestellers abhängig ist, s. g. *kon-*

---

also auch die Okkupation derivativ sein? Derivativ ist der Erwerb, welcher von dem Rechte eines bestimmten Autors abhängig ist, so daß der Erwerber zum Nachweise seines Eigentums außer seinem Erwerbstitel das Eigentum des Autors darzutun hat. In diesem Sinne aber ist die Ersitzung sicherlich nicht derivativ. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 64 Anm. 6 a. E., aber auch Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 S. 279 Anm 2. Bürg. R. Bd. 1 § 103.

2) *Originär* ist auch der Erwerb eines Rechtes, welches *bisher nicht bestand*, z. B. Okkupation einer herrenlosen Sache. Hier, wo wir nur von Successionen handeln, ist darauf nicht weiter einzugehen.

3) l. 20 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit, si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

4) Hat also der Trabent einer Sache nur Eigentum an ihr unter einer auflösenden Bedingung, so ist auch das Recht des Rechtsnachfolgers von deren Nichteintritt abhängig. Dagegen ist es zwar richtig, daß Servituten, welche der Autor an seiner Sache bewilligt hat, auch seinen Successor belasten, und daß Servituten, die er der Sache erwarb, auch seinem Successor zu gute kommen. Aber mit Unrecht führt dies Ulpian in der l. 20 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 auf den derivativen Charakter der Tradition zurück, indem er, wie bei den römischen Juristen öfter vorkommt, zwar die Erscheinung richtig charakterisiert, nicht aber deren Gründe. Denn der Grund der Erhaltung der Servituten liegt darin, daß sie unmittelbar an der Sache bestehen und um deswillen von *jedem* Eigentumswechsel unberührt bleiben, also auch bei etwaigem originären Erwerb fortbestehen, vgl. oben Anm. 1. — Hat der Autor bezüglich der übertragenen Sache *persönliche Verpflichtungen* übernommen, so gehen diese auf den Rechtsnachfolger an sich *nicht* über, denn sie verpflichten nur die *Person* des Eigentümers und seine Erben, affizieren aber die *Sache* nicht. Hierauf ist später zurückzukommen. Vgl. l. 15 C. de rei vind. 3, 32; l. 6 C. de her. vel act. vend. 4, 39.

5) Die Römer sagen, das Recht des Autors gehe auf den Successor über: l. 15 § 2 D. de contr. empt. 18, 1 dominium meum transire, l. 55 D. de obl. et act. 44, 7 dominium transferunt, l. 177 pr. D. de R. J. 50, 17 in jus dominiumve alterius succedit, l. 20 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Die Rechte sind praktisch identisch; logisch sind sie nur gleiche Größen. Die Auffassungen der Neueren sind indessen verschieden. Vgl. die guten Bemerkungen von Exner, Tradition S. 1 Anm. 2, ferner Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 152; weitere Literatur siehe bei Regelsberger Bd. 1 § 120.

ſtitutive Übertragung, begrenzte Rechtsnachfolge. So beiſpielsweiſe bei Einräumung eines Nießbrauches. Der Eigentümer, welcher den Nießbrauch beſtellt, hatte ein derartiges Recht als beſonderes nicht. Das Nießbrauchsrecht wird alſo nicht übertragen, ſondern geſchaffen. Aber es entſteht nur, falls der Beſteller Eigentümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor.[6]

3. Die Succeſſionen ſind teils Folge von Begebenheiten unter Lebenden, teils des Todes des Berechtigten, welcher ihn zwingt, ſein Vermögen anderen Perſonen zu hinterlaſſen.

Die Rechtsnachfolge unter Lebenden bildet Singularſucceſſion; die hauptſächliche Succeſſion von Todes wegen — diejenige der Erben — iſt Univerſalſucceſſion.

a) Singularſucceſſion — Sondernachfolge — iſt Übergang von Vermögensobjekten als Einzelheiten. Auch wer alle ſeine Vermögensobjekte unter Lebenden übertragen will, z. B. durch Schenkung ſeines geſamten Vermögens, muß dies durch Übertragung aller einzelnen Beſtandteile bewirken.[7]

b) Univerſalſucceſſion — allgemeine Rechtsnachfolge — iſt Eintritt in die Vermögensſtellung eines Verſtorbenen; ſie iſt Nachfolge in das Geſamtvermögen mit allen ſeinen Beziehungen.[8] [9] Der Succeſſor erwirbt unmittelbar in und mit dem Ge-

---

6) l. 63 D. de usufructu 7, 1. Paulus libro singulari de jure singulari. Quod nostrum non est, transferemus ad alios; veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Vgl. Bekker Bd. 1 S. 110. Hölder, Pand. S. 186 läßt den konſtitutiven abgeleiteten Erwerb nicht als „Succeſſion" gelten, weil das Recht des Autors bei demſelben beſtehen bleibe. Weitere Literatur hierüber ſiehe bei Regelsberger § 120 Anm. 5.

7) Vaticana fragmenta § 263, § 287.

8) Über die Univerſalſucceſſion vgl. Haſſe im Archiv für ziv. Praxis Bd. 3 S. 18 ff.; Savigny Bd. 3 S. 12 ff.; Birkmeyer, Vermögen S. 29 ff.

9) Die Univerſalſucceſſion iſt da Bedürfnis, wo das Vermögensſubjekt weggefallen iſt, an welches ſich die vermögensrechtlichen Beziehungen bisher knüpften. Nach römiſchem Rechte bildet den Hauptfall die Succeſſion in den Nachlaß eines Verſtorbenen; im gemeinen Rechte iſt dies der einzige Fall. Solche Succeſſion wird herbeigeführt durch unmittelbares Erbewerden, durch Reſtitution eines Univerſalfideikommiſſes, durch Kauf eines Nachlaſſes vom Fiskus l. 54 pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 1 C. de her. vel. actione vendita 4, 39; in Rom gab es noch andere Weiſen, insbeſondere die addictio bonorum libertatis causa Tit. Inst. de eo cui libertatis causa 3, 11. In die Güter eines Lebenden trat in Rom Univerſalſucceſſion ein, wenn er Sklave wurde, wenn er in die potestas durch arrogatio oder in die manus durch coemptio kam. Seine bisherige Perſönlichkeit hörte dann ähnlich wie im Falle ſeines Todes auf; das Vermögen fiel an den Gewalthaber, mit Ausnahme jedoch der Schulden, die durch capitis deminutio untergegangen waren, Gaj. Inst. III § 83. Dem juſtinianiſchen Recht iſt dies fremd. Das ältere römiſche Recht kannte endlich auch eine Univerſalſucceſſion im Konkursfall durch bonorum emtio. Der Schuldner hatte ſich als unwillig oder unfähig gezeigt, den Verpflichtungen gerecht zu werden, die ihm als Vermögensſubjekt oblagen. So wurde ihm gleich einem Verſtorbenen

samtvermögen die einzelnen zugehörigen Vermögensrechte, auch solche, von denen er nichts weiß, er wird von Rechts wegen Schuldner der zugehörigen Schulden, mag er sie kennen oder nicht. Die Formen, welche für die singuläre Übertragung von Objekten erforderlich sind, z. B. die Tradition körperlicher Sachen, bestehen für die Universalsuccession nicht.

Mehrere können in denselben Nachlaß zu Bruchteilen — Quoten — succedieren. Auch sie sind Universalsuccessoren. Denn sie rücken, wenn auch nur zu Bruchteilen, in die Vermögensstellung des Verstorbenen ein.

§ 82. Das Datum der Rechte.

Höchst wichtig ist die Frage nach dem Datum der Rechte.

Sie ist von besonderer Bedeutung bezüglich der dinglichen Rechte. Denn dingliche Rechte ordnen sich untereinander regelrecht nach der Zeitfolge; es geht in Kollisionsfällen das ältere dingliche Recht dem jüngeren vor.[1] Das Datum der Entstehung eines Rechtes fällt aber auch sonst in das Gewicht. Es kann entscheidend werden für die Frage seiner Gültigkeit und für zahlreiche rechtliche Beziehungen. Beispielsweise umfaßt ein Konkursverfahren nur das Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörte;[2] die Einbeziehung eines Rechts in die Konkursmasse hängt daher davon ab, ob es bereits damals bestand, oder erst später entstand.

Knüpft sich ein Recht an eine *einzelne* Tatsache oder an einen Komplex von Tatsachen, welche sich *gleichzeitig* vollzogen haben, so ist die Frage seines Datums eine rechtlich unzweifelhafte. Höchstens kann der *Beweis* des Zeitpunktes in Frage kommen.

Rechtlich zweifelhaft wird das Datum eines Rechtes nur, wenn sein Tatbestand aus *verschiedenen* Tatsachen besteht, welche *zeitlich auseinanderfallen*. Es bedarf z. B. zum definitiven Erwerbe eines Vermächtnisses einer letztwilligen Verfügung, des Todes des Erblassers, des Antrittes der Erbschaft durch den Erben, der Nichtzurückweisung des Vermächtnisses durch den Legatar, Momente, welche sämtlich zeitlich auseinanderfallen, so daß die Frage des Datums des Erwerbes höchst zweifelhaft werden kann.[3]

Man muß vor allem unterscheiden solche Tatsachen, welche die

---

ein Universalsuccessor gegeben, Gaj. Inst. III § 77. Näheres über dieses Verhältnis Bd. 2 §§ 56, 62.

1) Vgl. oben § 42 S. 91.

2) R.K.O. § 1 Abs. 1.

3) Vgl. Koeppen in Jherings Jahrb. Bd. 11 S. 144: „Theorie der successiven Entstehung der Rechtsgeschäfte". Bekker Bd. 2 S. 6.

Existenz eines Rechtes bedingen, und diejenigen, von denen die praktische Wirkung des Rechtes und seine Geltendmachung abhängig ist. Die Tatsachen der letzteren Art kommen für das Datum des Rechts nicht in Betracht. Wird z. B. heute ein Wechsel acceptiert, welcher erst nach 3 Monaten zahlbar ist, so ist der Wechselinhaber schon heute Wechselgläubiger, obgleich er der Regel nach sein Recht erst nach 3 Monaten äußerlich zur Wirksamkeit bringen kann.[4]

Die Logik scheint zu fordern, daß Rechte erst von dem Momente an datieren, in welchem sich sämtliche ihre Existenz bedingenden Tatsachen vollzogen haben. Dies ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr sind zu unterscheiden rechtschaffende — grundlegende oder konstitutive und rechtbestätigende — ergänzende oder konfirmatorische Tatsachen. Das Recht datiert mit der Vollziehung der konstitutiven Tatsachen, vorausgesetzt freilich, daß sich die konfirmatorischen später gleichfalls verwirklichen. In der Zwischenzeit ist das Recht in der Schwebe — in pendenti. Realisieren sich die konfirmatorischen Tatsachen, so tritt Rückziehung — Retrotraktion — ein, d. h. es ergibt sich hinterher, daß das fragliche Recht von der Vollziehung der konstitutiven Tatsachen an bestanden hat.[5]

Welche Tatsachen konstitutive, grundlegende und welche bloß konfirmatorische, ergänzende sind, läßt sich nicht nach allgemeinen Prinzipien bestimmen, ist vielmehr bei den einzelnen Verhältnissen zu untersuchen. Es müssen so viele Tatsachen vorliegen, daß es dem Rechte als entsprechend gilt, das werdende Rechtsverhältnis bereits fest zu machen und es über das Stadium bloßer Erwartung hinauszuheben. Insbesondere datieren daher Rechtsgeschäfte häufig mit Abgabe der Willenserklärung der Beteiligten für den Fall, daß gewisse andere gesetzlich geforderte — condiciones juris[6] — oder auch willkürlich, durch die Beteiligten zur Bedingung gemachte Tatsachen sich später verwirklichen.

§ 83. Veränderung und Endigung der Rechte.

Die Rechte endigen, sie verändern sich.[1] Die Endigung beseitigt sie völlig. Im Fall einer Veränderung erhalten sie sich auf der Basis ihres

4) Vgl. unten § 114.

5) Belehrend ist die Abhandlung von Fitting über den Begriff der Rückziehung, 1856. Fitting unterscheidet Rückziehung, d. h. Wirkung ex tunc, und Vorwirkung, d. h. Wirkung ex nunc. Vgl. Ennecerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 219.

6) Eisele, zur Lehre von den condiciones juris im Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 n. 4. l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21. 1. Paulus libro 1 ad edictum aedilium curulium. Interdum etiamsi pura sit venditio propter juris condicionem in suspenso est.

Entstehungsgrundes und erleiden nur in einzelnen Eigenschaften und Wirkungen eine Umgestaltung.[2]

Die Gründe, aus denen Rechte endigen, sind nach deren Eigenart verschieden. Einige allgemeine Gesichtspunkte sind jedoch hervorzuheben.

Manche Rechte sind *in der Regel dauernd*, andere sind *ihrer Bestimmung nach vergänglich*. Für die Dauer geschaffen werden regelrecht Eigentumsrechte, Grundgerechtigkeiten, Superfizies und Emphyteusis.[3] Bestimmungsgemäß vergänglich ist der Nießbrauch, welcher an das Leben des Nießbrauchers gebunden ist, die Obligation, welche mit der Erfüllung endigt, und das Pfandrecht, welches mit der Obligation untergeht, die es versichert.

Im übrigen erlöschen die Rechte teils aus Naturgründen, weil das Gut, um das es sich handelt, untergeht, teils aus Rechtsgründen.

Unter den Rechtsgründen der Endigung und der Veränderung der Rechte hat die allgemeinste Bedeutung der Wille des Berechtigten. Derselbe kann verzichten und veräußern.

a) *Verzicht* — renuntiatio — ist jede *Willenserklärung zum Zweck der Aufhebung einer Befugnis des Erklärenden*.[4] Die Verzichtgeschäfte sind sehr verschiedener Art, z. B. Dereliktion einer Sache behufs Entschlagung des Eigentums, Verzicht auf Forderungen, auf Pfandrechte, Erbverzichte.[5]

Ursprünglich ging das römische Recht von dem Grundsatze aus, die Rechte seien in derselben Form zu zerstören, in welcher sie begründet worden.[6] Es forderte daher zum Verzichte meist Vertrag, nicht selten Formalvertrag. Im Laufe der Entwicklung gewann jedoch der einseitige Verzicht mehr Raum. Er reicht bei Rechten aus, denen kein bestimmter

---

1) Über die Veränderung der Rechte vgl. Windscheid Bd. 1 § 64. Mit ihr beschäftigt sich eingehend Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 n. 15, Bd. 8 n. 3.

2) Die Obligation z. B. auf Lieferung eines bestimmten Pferdes verändert sich, wenn der Schuldner das Pferd doloserweise tötet. Er schuldet nunmehr Geld. Aber die Obligation als solche ist die bisherige. Bürgen und Pfänder bleiben verhaftet.

3) Es können jedoch alle diese Rechte durch besondere Verfügung auch bloß auf Zeit begründet werden. Bei Superfizies und Emphyteusis muß die Zeit über ein modicum tempus hinausgehen. l. 1 § 3 D. de superficiebus 43, 18.

4) Über Verzicht vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 335, Bekker Bd. 2 S. 230, Leopold Bacher, Revision des Verzichtbegriffes in Iherings Jahrbüchern Bd. 5 n. 5, Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 665, Bd. 19 S. 1.

5) Was Verzicht *genannt wird*, ist in Wahrheit *Veräußerung*, wenn die Absicht nicht bloß auf Beendigung des eigenen Rechtes, sondern auch unmittelbar auf dessen Übertragung geht. R.G. Bd. 3 S. 363, Regelsberger Bd. 1 S. 451.

6) l. 1 D. pro derelicto 41, 7. Ulpianus libro 12 ad edictum . . . isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Verpflichteter gegenübersteht, z. B. bei Dereliktion des Eigentums.[7] Man erkannte ihn auch sonst aus Zweckmäßigkeitsgründen als wirksam an, z. B. beim Nießbrauch.[8]

Ausdrücklich braucht der Verzicht nicht zu sein, er kann auch aus Tun und Lassen gefolgert werden. Bloße Nichtausübung eines Rechtes, Unterlassen eines Widerspruches gegen eine Rechtsverletzung, kann in Verbindung mit anderen Momenten auf den Verzichtswillen schließen lassen;[9] an sich folgt er aber aus bloßer Passivität nicht.

Verzichten kann man wie auf gegenwärtige, so auch auf künftige Rechte. Unzulässig war nach römischem Rechte Erbverzicht, d. h. Verzicht auf den Nachlaß eines noch Lebenden,[10] das gemeine Recht — nicht minder B.G.B. § 2346 ff. — erkennt ihn aber an.[11]

Ein in der Praxis oft gehörtes Wort ist: Verzichte sind strikt zu interpretieren. Dies ist insofern richtig, als diejenigen Rechte bestehen bleiben, welche nicht unzweideutig durch den Verzicht beseitigt sind.[12] Daher stehen auch allgemeine Verzichtsklauseln nicht solchen Einwendungen und Anfechtungsgründen entgegen, die sich erst in Zukunft ergeben, und von denen es daher ungewiß ist, ob sie durch den Verzicht getroffen werden sollten.[13]

Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Unentgeltlicher Verzicht ist keineswegs immer eine Liberalität. Er geschieht z. B. nicht selten, weil das Recht die Mühe seiner Geltendmachung nicht lohnt.

---

7) Über l. 2 D. pro derelicto 41, 7 vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 538.

8) Vgl. l. 64, l. 65 pr. D. de usufructu 7, 1, unten § 254 Anm. 13.

9) l. 17 § 1 D. de usuris 22, 1. Wächter a. a. O. S. 338.

10) l. 3 C. de collat. 6, 20; l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16. Über das gemeine Recht vgl. Bd. 3 § 137.

11) Unzulässig ist auch der Vertrag ne dolus praestetur, d. h. man kann nicht im voraus dem anderen Teile, z. B. einem Mandatar, Indemnität für künftigen Dolus geben, siehe unten Bd. 2 § 36 Anm. 4. Dies würde den Übervorteilungen Tür und Tor öffnen. Man kann auch nicht auf das Recht verzichten, von inskünftige erwachsenden Verjährungseinreden Gebrauch zu machen. Darin läge eine Antastung der Institution der Verjährung. S. unten § 145 Anm. 16.

12) l. 5 D. de transactionibus 2, 15. Papinianus libro 1 definitionum. Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit. Vgl. weiter l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14, l. 3 § 1, l. 9 §§ 1 ff., l. 12 D. de transactionibus 2, 15, l. 31 C. de transact. 2, 4, l. 21 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29.

13) l. 67 § 3 D. de condictione indebiti 12, 6, Scaevola libro 5 Digestorum: Idem quaesiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum „ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse“ impediat repetitionem. respondit nihil proponi cur impediret. Vgl. l. 4 § 4 D. si quis cautionibus 2, 11. Aus der letzteren Stelle leitete die ältere Doktrin den Satz her, welcher sich auch in den Noten des Dionysius Gothofredus findet: generalis renun-

b) Veräußerung — alienatio — ist Übertragung eines Rechtes durch eine Willenshandlung des Berechtigten auf einen anderen.[14] [15]

Die Veräußerung fordert eine positive Handlung. Zulassung einer Ersitzung ist keine Veräußerung. Aber sie kann ihr gleichstehen, wenn sie behufs Umgehung eines Veräußerungsverbotes geschah.

Übergang des Vermögens des Erblassers an seine Erben ist keine Veräußerung, eine etwaige testamentarische Erbeseinsetzung kein Veräußerungstitel. Denn der Erbe repräsentiert den Erblasser. Er ist ihm gegenüber kein Fremder.[16]

§ 84. Anerkennung und Genehmigung.

Kaum minder wichtig als die Begründung von Rechtszuständen ist ihre Bestätigung durch Anerkennung und Genehmigung.

1. Anerkennung ist eine Erklärung, welche Bestehen oder Inhalt eines Rechtsverhältnisses feststellt.[1] Das rechtsgültig Anerkannte gilt dem Anerkennenden gegenüber so, wie es die Anerkennung deklariert hat. Es kommt nicht mehr in Frage, ob es mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Die Anerkennung entspricht daher auf dem Gebiete des Rechtes im subjektiven Sinne der authentischen Interpretation im Gebiete des objektiven Rechtes.[2]

Die Anerkennung ist ein Verfügungsakt. Der Anerkennende will, daß seine Anerkennung nunmehr die Grundlage für die bezüglichen Rechtsverhältnisse sei. Diese s. g. echte Anerkennung ist scharf zu unterscheiden von der s. g. unechten, d. h. dem Zugeständnis von Tatsachen, welches nur als Beweismittel zu verwerten ist und durch Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Zugestandenen entkräftet werden kann. Nur von der echten Anerkennung ist hier zu sprechen.

Die Römer behandelten die Anerkennung nur in einzelnen Fällen als bindenden Verfügungsakt. Im gemeinen Rechte geschieht dies in umfassenderer Weise.

---

tiatio non valet, nisi specialis aliqua praecedat. Dieser Satz war weder quellenmäßig noch rationell.

14) Vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 332. Der Begriff der alienatio wurde von den Römern vorzugsweise mit Rücksicht auf die Veräußerungsverbote entwickelt. Vgl. unten § 217.

15) S. g. konstitutive Übertragung — oben § 81 Anm. 6 — bildet gleichfalls eine Veräußerung, z. B. die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechtes.

16) Siehe unten Bd. 3 § 55. Vermächtnisse begründen Veräußerungen.

1) O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 3. Auflage 1895. Dies Werk ist Grundlage der neueren Praxis geworden.

2) Vgl. oben § 37.

a) Die Anerkennung spielt eine große Rolle im Prozeß. Es gehörte dahin die römische confessio in jure, d. h. die Anerkennung des eingeklagten Rechtes vor dem Magistrat. Der confessus stand dem Verurteilten gleich.[3] In ähnlicher Weise ist nach der C.P.O. die im Prozesse bei der mündlichen Verhandlung seitens einer Partei abgegebene Anerkennung eines Anspruches oder Rechtsverhältnisses bindend. Dieselbe hat zwar nicht unmittelbar die Kraft eines Urteils. Der Anerkennende ist aber auf Antrag der Anerkennung gemäß zu verurteilen, ohne daß das zu Grunde liegende Sachverhältnis in Betracht kommt.[4]

b) Die außergerichtliche Anerkennung hat besondere Bedeutung im Gebiete des Obligationenrechtes. Der Anerkennungsvertrag wird als Verpflichtungsgrund betrachtet.[5] Es hat ferner die außergerichtliche Anerkennung dinglicher Rechte an seiner Sache durch den Eigentümer bindende Kraft. Sie verpflichtet auch seine Rechtsnachfolger.[6] Bereits erworbenen dinglichen Rechten Dritter kann sie ohne deren Zustimmung freilich in der Regel nicht präjudizieren. Auch die Anerkennung von Testamenten ist wichtig. Im Familienrechte spielt insbesondere die Anerkennung der Vaterschaft eine Rolle.

---

3) l. 1 D. de confessis 42, 2. Paulus libro 56 ad edictum: Confessus pro judicato est qui quodam modo sua sententia damnatur. Eine gründliche Untersuchung hat Demelius angestellt: die confessio im römischen Zivilprozeß und das gerichtliche Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung, Graz 1880. Demelius spricht der römischen confessio in jure den Charakter eines Anerkenntnisses ab. Näheres Eingehen auf die Frage ist hier nicht tunlich.

4) C.P.O. § 307. Die Anerkennung muß dem Inhalt der Klage entsprechen, unbedingt und unbeschränkt sein. Bei teilweiser Anerkennung der Klage ist ein Teilurteil zu erlassen. Das Zugeständnis von Tatsachen behandelt C.P.O. § 288. Die C.P.O fordert auch zum Widerruf des gerichtlichen Geständnisses von Tatsachen Nachweis seiner Unwahrheit und eines Irrtums bei der Abgabe. Vgl. hierüber mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 81 Anm. 10, Demelius a. a. O. S. 391, und vor allem O. Bülow, das Geständnisr. 1899.

5) Dies infolge einer Praxis, welche vorzugsweise durch das in Anm. 1 zitierte Werk von Bähr gefördert wurde. Näheres im Obligationenrechte unten Bd. 2 § 22 Anm. 9.

6) Vgl. Bekker Bd. 2 S. 246, 255. Insbesondere wird die Existenz und der Umfang von Reallasten oft durch Anerkennung festgestellt. Handelt es sich um gemeine Lasten, die gewisse Klassen von Personen oder von Grundstücken treffen, so kann der Legitimationspunkt Schwierigkeit machen. Die Universität M. beanspruchte das Recht, von jedem Hause zu L. jährlich ein Huhn und einen Hahn zu beziehen, und gründete dies auf ein Saalbuch der Universitätsvogtei vom Jahre 1668, wonach die damaligen Hausbewohner die Verpflichtung der fraglichen Abgabe anerkannt hätten. Es fragte sich, ob auch später zu L. erbaute Häuser die Abgabe schuldeten. Das Oberappellationsgericht zu Kassel erkannte dies an. Bähr, die Anerkennung § 50 Anm. 12, bezweifelt die Legitimation der damaligen Hausbesitzer, die später erbauten Häuser zu verpflichten. Der Sache nach hatte jedoch das O.A.G. Recht. Die Anerkennung stellte *zunächst* nur die Verbindlichkeit der damaligen Hausbesitzer und ihrer Successoren fest. Aber es war aus derselben weiter auf ein lokales *Gewohnheitsrecht* zu schließen, wonach alle Häuser der Gemeinde ohne Unterschied abgabepflichtig waren.

Die Anerkennung ist wie andere Verfügungen anfechtbar wegen Irrtums und anderer Willensmängel. Sie setzt selbstverständlich persönliche Verfügungsfähigkeit voraus. Auch muß es sich um ein Rechtsverhältnis handeln, welches der Verfügung des Anerkennenden untersteht.[7]

2. Auch die Genehmigung[8] — ratihabitio — bezweckt Bestätigung von Vorhandenem.[9] Dies rückt sie der Anerkennung nahe. Aber der Standpunkt, von welchem die Genehmigung ausgeht, ist ein anderer.

Der Genehmigende unterstellt, daß das Geschäft, welches er ratihabiert, noch nicht vollständig rechtsbeständig ist. Er erklärt aber den Willen, daß es so gelten solle, wie wenn es von vornherein rechtsbeständig gewesen wäre. Der Genehmigende will also die Rückziehung — Retrotraktion — der Genehmigung. Das Recht fügt sich diesem Willen, sofern er von demjenigen erklärt ist, welcher sachlich zu einer derartigen Verfügung legitimiert ist. Das Geschäft gilt als von Anfang an vorhanden.[10] Rechte Dritter werden aber durch die Rückziehung nicht berührt.[11] [12] Hauptfälle, in welchen die Genehmigung in Frage kommt, sind folgende:

7) Daher kommen in Ehesachen, Kindschaftssachen und in Entmündigungssachen die Vorschriften über die Wirkung des gerichtlichen Anerkenntnisses nicht zur Anwendung, C.P.O. §§ 617, 640, 641, 670, 684, 686. Bezüglich der Anerkennung eines Kindes durch den angeblichen Vater vgl. R.G. Bd. 22 S. 224. Nicht zu berücksichtigen ist nach allgemeinen Grundsätzen die Anerkennung einer rechtlich verbotenen, unsittlichen, absolut unmöglichen Leistung.

8) Von der Genehmigung handelt L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868, vgl. ferner Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 3, § 83 Anm. 10 und die dort angeführte Litteratur, Bekker Bd. 2 S. 219, Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, 2 Bde. Roma 1889 ff. und dort Angef. B.G.B. § 184. Bürg. R. Bd. 1 § 114.

9) Liegt in der Erfüllung eines Geschäfts dessen Genehmigung? Dies ist der Fall, wenn der Erfüllende die Mängel des Geschäfts kannte und zur Genehmigung legitimiert war. Ist teilweise Erfüllung Genehmigung des ganzen Geschäfts? Im Zweifel nur dann, wenn teilweise Genehmigung unzulässig wäre, weil das Geschäft nach seinen Zwecken nicht teilbar ist.

10) Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 6. Das Prinzip hat Justinian in der l. 25 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 anerkannt. Justinian entscheidet zunächst, daß die an sich nichtigen Schenkungen unter Ehegatten durch letztwillige Ratihabition seitens des Schenkers rückwärts hin Geltung erlangen, sofern nur bei größeren Schenkungen die Form der Insinuation beobachtet war. Darauf fährt er fort: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse. Dies Prinzip wendet Justinian in der l. 7 C. ad S. C. Macedonianum 4, 28 auf die väterliche Ratihabition eines durch sein Hauskind gegen das S. C. Macedonianum entnommenen Darlehns mit den Worten an „cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt".

11) In der l. 71 § 2 D. de sol. 46, 3 ist der durch die Ratihabition betroffene zahlende Schuldner kein Dritter, sondern der am ratihabierten Geschäfte Beteiligte, vgl. Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 251 ff.

12) So auch B.G.B. § 184.

a) Das Rechtsgeschäft bedarf nach gesetzlicher Bestimmung der Genehmigung anderer Personen als der zunächst Beteiligten. So sind beispielsweise Veräußerungsgeschäfte von Vormündern zum Teil an die obervormundschaftliche Genehmigung gebunden.

b) Es ist ein Geschäft für uns durch unbevollmächtigte Stellvertreter — negotiorum gestores — abgeschlossen. Dann ist unsere Genehmigung erforderlich, damit wir aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden.[13]

c) Wir selbst haben ein Rechtsgeschäft zu einer Zeit abgeschlossen, in welcher wir dasselbe nicht gültig schließen konnten, z. B. in den Jahren der Minderjährigkeit, und genehmigen es später, nachdem wir die Fähigkeit zu seiner Eingehung erlangt haben.

In allen diesen Fällen wirkt die Genehmigung grundsätzlich zurück. Aber freilich kann der Grundsatz aus besonderen Gründen ausnahmsweise unanwendbar werden.[14]

§ 85. Privilegien.[1]

Die gesetzgebende Gewalt stellt gewöhnlich Regeln auf, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Tatsachen entstehen. Sie ruft aber auch direkt Rechte in das Leben. Dies geschieht durch Privilegien, d. h. Staatsakte, welche unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen.[2]

Die Gesetznorm hat den Vorzug des Gleichmaßes; das Privilegium ist im stande, die Eigentümlichkeit des besonderen Falles zu berücksichtigen. In früheren Jahrhunderten begünstigte man den Weg der Privilegien;

13) Vgl. unten § 119.

14) Es ist hierüber bei den einzelnen Fällen der Genehmigung zu sprechen, vgl. unten § 122.

1) Die gemeinrechtliche Theorie der Privilegien beruht zum Teil auf Sätzen des römischen Reskriptenrechtes, zum größeren Teile aber auf den Bestimmungen des kanonischen Rechtes über Privilegien. Doch stehen viele dieser Bestimmungen mit der besonderen Verfassung der katholischen Kirche in engster Verbindung und sind auf das Privilegienrecht moderner Staaten nicht anwendbar. Eine gründliche Darstellung des Rechtes zur Privilegienerteilung nach kanonischem Rechte findet sich bei Hinschius, das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten Bd. 3 S. 805 ff. Vgl. ferner Hufeland, Geist des römischen Rechtes 1814 I, S. 212 ff., Schlayer in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 12 n. 2, Gerber, über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate in seinen Abhandlungen n. XIII. Die Lehre der Privilegien, als dem öffentlichen Rechte angehörig, wird vom B.G.B. nicht berührt.

2) Gegen diese Definition erklärt sich Hinschius a. a. O. S. 806, allein sein Gegengrund, daß es Privilegien gebe, die nur einen negativen Inhalt hätten, z. B. Befreiung von Zehnten, ist nicht schlagend, denn auch derartige Befreiungen bilden Rechte im subjektiven Sinne. Man kann eine Befreiung von einer gemeinen Last durch Vertrag erlangen; hierdurch entsteht zweifelsohne ein subjektives Recht. Es hat keine andere Natur, wenn es einem Privilegium seine Entstehung verdankt.

die Neuzeit ist der Regelung durch allgemeine Normen geneigter. Beispielsweise erschuf man im Mittelalter städtische Verfassungen im Wege von Privilegien; jetzt erläßt man Städteordnungen für sämtliche Städte des Staates oder einer Provinz. Lange Zeit hindurch erlangten Verleger und Schriftsteller Urheberrechte nur durch Privilegien; heutzutage sind sie durch Gesetze gesichert. Für die Begründung von Aktiengesellschaften bedurfte es früher eines Privilegiums; jetzt entstehen sie, wenn sie die Normativbestimmungen des Handelsgesetzbuches innehalten. Doch ist auch heute noch das Gebiet der Privilegien ein ausgedehntes. Beispiele sind: die Legitimation unehelicher Kinder durch Reskript des Regenten, Verleihung des Adels und anderer Auszeichnungen, Erteilung von Eisenbahnkonzessionen, von Expropriationsrechten. Die Privilegien können öffentlichrechtlicher oder privater Natur sein. Theoretisch läßt sich ihr Gebiet nicht begrenzen.[3] [4]

Man unterscheidet affirmative Privilegien, welche eine positive Befugnis, und negative, welche eine Befreiung, z. B. von Zehnten, Steuern, gewähren, dauernde und vorübergehende, d. h. auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung verliehene. Die Privilegien sind ferner teils persönliche — personalia —, wenn sie einer Person, sei es vererblich oder unvererblich, zustehen, — teils sachliche — realia —, wenn sie sich an ein Objekt knüpfen, z. B. an ein Grundstück oder an eine Kirche.[5] Die Privilegien können auf Vertrag beruhen — conventionalia — oder

3) Zahlreiche Arten von Privilegien zählt auf Bekker, Bd. 1 S. 87. — Der moderne Ausdruck Privilegium ist — wie das römische privilegium — doppelsinnig. Privilegien sind bald Sonderrechte für gewisse Klassen von Personen oder von Verhältnissen, z. B. Konkursprivilegien, Privilegien der Minderjährigen, bald Privilegien in dem engeren, hier gebrauchten Sinne.

4) Dispensationen begründen bald Privilegien, bald jura singularia. Von Dispensationen und Dispensationsrecht handelt Hinschius, Kirchenrecht Bd. 3 S. 789. Eine Dispensation ist Aufhebung der Wirkung eines Gesetzes in Ausnahmefällen. Sie muß entweder vom Gesetzgeber ausgehen oder von Personen, welchen das Dispensationsrecht gesetzlich delegiert ist. Die Dispensation, ihrer Form nach negativ, ist doch auf Herbeiführung einer positiven Wirkung gerichtet. Sie begründet ein Privilegium, wenn es sich um einen Einzelfall handelt, z. B. bei der Dispensation eines einzelnen von dem Ehehindernis der Eheunmündigkeit; sie bildet jus singulare, wenn es sich um einen größeren Kreis von Fällen handelt, z. B. im Falle der Dispensation vom Aufgebot für Ehen von Militärpersonen bei Ausbruch eines Krieges.

5) Nicht selten unterscheidet man als besondere Klasse privilegia mixta. Nach einigen sind dies Privilegien, welche den Mitgliedern einer Gemeinschaft als *solchen* zugeteilt sind — Hinschius a. a. O. S. 809 Anm. 6 — nach anderen Privilegien, die gewissen Personen unter Voraussetzung eines Besitzes zustehen, z. B. den Standesherren unter Voraussetzung des Besitzes der Standesherrschaft — Kierulff S. 49 — derartige Privilegien sind persönliche. Dagegen sind dingliche die an eine Sache geknüpften Privilegien, welche durch eine bestimmte Qualifikation des Besitzers bedingt sind, z. B. durch Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession. Die s. g. privilegia mixta sind hiernach ihrem Grundwesen nach entweder den persönlichen oder dinglichen zuzuteilen.

ohne solchen erteilt sein — pura. Sie enthalten entweder eine bloße Gunstbezeugung — gratiosa — oder sind gegen eine Gegenleistung erteilt — onerosa. In der Regel gewähren sie eine Begünstigung — favorabilia; es kommen aber auch privilegia odiosa vor, welche eine Zurücksetzung dessen enthalten, gegen den sie sich richten.[6]

Die Privilegien sind *Akte der Gesetzgebung*. Grundsätzlich bedarf es daher auch der Form des Gesetzes. Durch Herkommen und Gesetz ist jedoch die Erteilung der Privilegien oft erleichtert. Namentlich ist sie in den Staaten, in welchen die Landesvertretung Anteil an der Gesetzgebung hat, vielfach der *Krone* oder *Verwaltungsorganen* überlassen. Als gesetzgeberische Akte werden die Privilegien perfekt auch ohne daß der Privilegierte die Vergünstigung annimmt. Sie sind daher auch rechtsbeständig, wenn er stirbt, ehe er die Erteilung erfährt. Der Nachweis der Verleihung durch den Staat wird durch unvordenkliche Verjährung ersetzt.

Aus dem Vertrage über Verleihung eines Privilegiums entspringt keine Klage auf die Erteilung desselben. Denn der Richter kann die Ausübung eines gesetzgeberischen Aktes nicht erzwingen. Der Vertrag über die Erteilung hat aber den Sinn, daß der Staat sich als *Fiskus* zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn er als *Gesetzgeber* das Privilegium nicht erteilt.[7]

Das Privilegium gilt im Zweifel als verliehen *unvorgreiflich älterer Rechte*, insbesondere früher erteilter exklusiver Privilegien.[8] Daher geht von zwei kollidierenden Privilegien dieser Art das ältere vor, während beim Widerspruche von Gesetzen das jüngere den Vorzug hat.

Die Privilegien werden unter der Unterstellung erteilt, daß die beim Nachsuchen vorgetragenen Tatsachen richtig und vollständig waren. *Unrichtigkeit* und *Unvollständigkeit* begründet die s. g. exceptio sub- et obreptionis.[9] Natürlich müssen aber die verschwiegenen oder falsch dargestellten Tatsachen für die Erteilung des Privilegiums relevant gewesen sein. Hierüber kann nur der *Privilegienerteiler* befinden, nicht der Richter. Dem Privilegienerteiler allein steht es daher zu, das Privilegium, sei es im öffentlichen Interesse, sei es auf Antrag eines bei der Nichtgeltung Interessierten zu kassieren. Der Richter ist nur

6) Privilegia odiosa sind nur in den Formen der ordentlichen Gesetzgebung möglich. Sie sind selten. Beispiele geben die in Frankreich gegen die früher regierenden Dynastien erlassenen Verbannungsdekrete.

7) Die Frage ist bestritten. Vgl. Seuff. A. Bd. 19 n. 213.

8) Hinschius S. 820 Anm. 4. Es ist dies eine Auslegungsregel.

9) Man wendet die Grundsätze der römischen Reskripte an, gegen welche eine praescriptio mendaciorum zulässig war, l. 2—5 C. si contra jus 1, 22.

dann legitimiert, die Ungültigkeit des Privilegiums auszusprechen, wenn solche Tatsachen erschlichen sind, welche gesetzlich die Voraussetzung für die Erteilung des Privilegiums bilden.[10]

Wenn man von Endigung der Privilegien spricht, so meint man damit Endigung der durch das Privilegium begründeten Befugnis.

Dieselbe endigt durch Verzicht, sofern nicht das öffentliche Interesse fordert, daß von dem einmal erteilten Privilegium Gebrauch gemacht wird.[11] Desgleichen endigt sie durch Verjährung nach denselben Grundsätzen, wie auf andere Weise begründete Rechte derselben Kategorie.[12]

Das Privilegium kann durch die Staatsgewalt aufgehoben werden. Ohne Entschädigung ist dies zulässig wegen Mißbrauches,[13] sowie bei Privilegien, welche auf Widerruf erteilt waren.[14]

Zweites Kapitel.

Rechtlich wichtige Momente der Tatbestände.

I. Unrecht. Irrtum.

§ 86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden.

I. Tun, Lassen und Haben der Menschen, welches dem Rechte widerstreitet, ist Unrecht. In solchen Widerspruch kann man ohne Schuld geraten, dann ist man in objektivem Unrecht; verletzt man das Recht schuldhafterweise, so begeht man ein subjektives Unrecht.[1]

10) Auch diese Frage ist bestritten. Vgl. die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 8 n. 108, Bd. 13 n. 4. Gegen die Zuständigkeit des Richters, über die Erschleichung zu urteilen, erklärt sich Schlayer a. a. O. S. 88.

11) Hinschius a. a. O. S. 820.

12) Vgl. l. 1 D. de nundinis 50, 11, cap. 6, 15 X de privilegiis 5, 33. Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 4 n. 6. Hinschius a. a. O. S. 823.

13) cap. 24 X de privilegiis 5, 33: privilegium meretur amittere qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere Praxis nahm hiernach an, daß der Richter befugt sei, die Ungültigkeit eines Privilegiums wegen Mißbrauches auszusprechen. Aus jener Stelle läßt sich dies nicht begründen. Sie spricht nur aus, wie der Gesetzgeber zu verfahren habe. Die neuere gemeinrechtliche Doktrin erachtet daher den Richter nicht für legitimiert, auf Aufhebung des Privilegiums wegen Mißbrauches zu erkennen.

14) Es ist eine nach den Grundsätzen des modernen Staatsrechtes zu beurteilende Frage, ob eine Entschädigungspflicht begründet ist, wenn Privilegien aus Gründen anderer Art aufgehoben werden.

1) Bereits Hegel hebt das „unbefangene" Unrecht hervor. Jhering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867 S. 5 ff., unterscheidet „objektives" und „subjektives" Unrecht. Viele freilich wollen von objektivem Unrecht nichts wissen. So

Aufgabe der Rechtsordnung ist die Überwindung des Unrechtes. Es gilt dies für das objektive wie für das subjektive Unrecht. Der Eigentümer kann beispielsweise Herausgabe seiner Sache fordern, ohne Unterschied, ob der Besitzer sich entschuldbarerweise für den Eigentümer hält, oder ob er wissentlich die fremde Sache zurückhält. Aber in Bezug auf das Maß des Ersatzes für Schaden wird im entwickelten Rechte verschieden behandelt, wer mit und wer ohne Schuld fremde Rechte verletzt.[2]

Verschulden ist rechtsverletzender Willensfehler.[3] Derselbe besteht entweder in böswilliger Rechtsverletzung — dolus malus — oder in Verschulden im engeren Sinne — culpa —, d. h. Vernachlässigung pflichtmäßiger Sorgfalt, Versäumnis der gehörigen Anspannung der Geisteskraft.

Dolus hat eine engere und eine weitere Bedeutung. Im engeren Sinne ist er Betrug, d. h. Rechtsverletzung durch arglistige Täuschung, im weiteren jede bösliche Rechtsverletzung, geschehe sie durch Täuschung oder durch widerrechtliche Handlungen anderer Art.[4]

II. Das Verschulden — culpa — hat zwei Grade:

1. Grobes Verschulden — culpa lata — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was jedem einleuchten mußte, also totale Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten. Bewußte Verletzung fremder Rechte, welche nicht in Bosheit, sondern in Willensschwäche ihren Grund hat, wird von den Römern noch zur culpa lata gezählt.[5]

---

namentlich Merkel, kriminalistische Abhandlungen 1867 S. 43, Binding, Normen Bd. 1 S. 135 ff., Brinz Bd. 2 S. 175 Anm. 35, vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 70 ff., Regelsberger Bd. 1 § 178 Anm. 8.

2) l. 40 D. de her. pet. 5, 3. — B.G.B. § 990. — Das ältere römische Recht kannte eine derartige Unterscheidung nicht. Es reagierte gegen das Unrecht in gleicher Weise, mochte der Beklagte in Schuld sein oder nicht. Dies führt näher Jhering a. a. O. aus.

3) Die Grundlagen der römischen Lehre des Verschuldens haben festgestellt Löhr, Theorie der Culpa 1806 und Beiträge zur Lehre von der Culpa 1808, sowie J. Chr. Hasse, die Culpa des römischen Rechts 1815, 2. Auflage 1838. Eingehende Untersuchungen finden sich ferner bei Binding, Normen Bd. 2 S. 267 ff. und bei Pernice, Labeo, dessen 2. Band sich vorzugsweise mit den hier einschlägigen Fragen beschäftigt. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 78. Wir stellen hier nur die allgemeinsten Grundsätze der Lehre der culpa dar, das Weitere behalten wir dem Obligationenrechte vor. — Über das B.G.B. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 63 ff.

4) l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari . . . itaque ipse sic definiit: dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Labeos Definition ist umfassender als die von Servius Sulpicius. Nicht bloß Täuschung, sondern jede arglistige Veranstaltung — machinatio — zur Benachteiligung — ad circumveniendum — eines anderen ist eingeschlossen, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, 2 A. S. 493.

Der römische dolus ist also enger als der Begriff der „absichtlichen Verletzung", des „rechtswidrigen Vorsatzes";[6] die neuere Systematik dagegen unterscheidet nur Vorsatz und Fahrlässigkeit.[7]

Die culpa lata wird in der Regel dem dolus gleichgehalten.[8] Wer also, wie z. B. der Depositar, grundsätzlich nur für Dolus haftet, wird auch verantwortlich, wenn ihm culpa lata zur Last fällt.

2. Leichtes Verschulden — culpa levis — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was ein sorgfältiger Mensch — diligens pater familias — unter gleichen Umständen beobachtet hätte.[9]

Der Maßstab für die Bemessung der culpa levis ist ein abstrakter. Man fragt, hätte in gleicher Lage ein praktischer, den Lebensverhältnissen gewachsener Mensch die Verletzung voraussehen können und hätte er sie abgewendet? Auf die Beschaffenheit der Person, um die es sich gerade handelt, kommt es nicht an. Sie kann sich daher nicht auf ihre Beschränktheit, ihre etwaigen üblen Gewohnheiten berufen. Man kann aber auch nichts Außerordentliches von ihr fordern, wenn sie, ungewöhnlich begabt, doch im gegebenen Falle nicht mehr leistete, als andere. Wer jedoch Dinge in Angriff nimmt, welche besondere Sachkenntnis

5) l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Lata culpa" est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. l. 223 pr. D. ecd. Paulus libro 2 sententiarum. Latae culpae finis est, non intellegere id quod omnes intellegunt. Non intellegere heißt nicht bloß den schädlichen Erfolg „nicht kennen", sondern auch seiner „nicht achten", nicht darüber nachdenken. Man wirft z. B. beim Rauchen halb träumend den brennenden Fidibus auf eine kostbare Decke, in welche er einbrennt. Vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2, 1. A. S. 423 und F. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl.Recht Heft 2 S. 196 ff.

6) l. 7 pr. D. depositi 16. 3, l. 8 § 10 D. mandati 17, 1, l. 7 § 7 D. de dolo malo 4, 3. Unzulässig ist der Schluß von Binding, Normen, Bd. 2 S. 338 ff., daß culpa lata stets rechtswidrigen Vorsatz erfordere, nie Fahrlässigkeit sei. Woher sollte hiernach der Name culpa stammen, und wie sollte es kommen, daß sich Ulpian und Paulus in ihrer Definition so gründlich täuschten? Vgl. Pernice a. a. O.

7) So auch B.G.B. — Das B.G.B. definiert grobe Fahrlässigkeit nicht. Die Begriffsbestimmung der l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16 ist vorausgesetzt.

8) So Nerva nach der l. 32 D. depositi 16, 3 und Gajus l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7. Der Satz wurde ein Lieblingsaxiom von Ulpian: er wendet ihn in folgenden Stellen an: l. 11 § 11 D. de interrog. 11. 1, l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6. l. 29 pr. D. mandati 17, 1. l. 7 § 1 D. de suspectis tutoribus 26, 10. l. 8 § 3 D. de precario 43, 26, l. 1 § 2 D. si is qui testamento 47, 4. Ob die Gleichstellung auch bei nichtkontraktlicher Verschuldung einzutreten hat, ist bestritten. Hierüber s. unten Bd. 2 § 36. Das B.G.B. kennt die Gleichstellung von dolus und culpa lata nicht.

9) Schon Alfenus Varus in der l. 12 D. de periculo 18, 6 setzt die culpa in die Vernachlässigung der diligentia, quam debent homines frugi et diligentes praestare. Später wurde der „diligens pater familias" sprichwörtlich, l. 65 D. de usufr. 7, 1, l. 18 pr. D. commodati 13. 6. Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 330 ff. Eine andere Begriffsbestimmung wählt B.G.B. § 276: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt." Vgl. Bürg. R. Bd. 2 § 63 S. 135.

fordern, z. B. eine ärztliche Behandlung, haftet für Kunstfehler.[10] Denn ein sorgfältiger Mensch übernimmt nur, was er versteht und kann. Dies gilt natürlich nicht, falls man in Notfällen notdürftige Hilfe brachte.

Verschulden kann im Tun — in faciendo — oder im Unterlassen — in non faciendo — bestehen.

Nicht unter allen Umständen ist man für leichtes Verschulden verantwortlich. Hauptfälle sind Kontrakte, die man in eigenem Interesse schloß, und außerkontraktliche Sachbeschädigung gemäß der lex Aquilia.

Seit Hadrians Zeiten unterscheidet man als Nebenart leichten Verschuldens den Mangel an diligentia quam in suis rebus adhibere solet, oder, wie die neueren Schriftsteller sagen, die culpa in concreto.[11] Hier wird maßgebend, wie sich der in Anspruch Genommene gewöhnlich in eigenen Dingen benimmt. Dies bezieht sich aber nur auf geringere Übereilung oder Lässigkeit; grobes Verschulden findet keine Entschuldigung. Auch handelt es sich bloß um eine Herabstimmung der gewöhnlichen Anforderungen, nicht um eine Steigerung in Fällen, in denen man in eigenen Angelegenheiten Außergewöhnliches zu leisten pflegt.

In dieser geminderten Art ist nach römischem Recht verantwortlich der Vormund bei Mündelangelegenheiten, der Gemeinschafter und der Gesellschafter bei der Verwaltung gemeinsamer Geschäfte, der Ehemann bei Verwaltung der Dos und auch anderen Vermögens der Frau.[12]

Celsus betrachtete es als culpa lata, wenn man anvertraute fremde Dinge weniger sorgfältig behandelt, als man bei eigenen gewohnt ist. Dies war eine Sonderansicht, die keine Aufnahme bei den späteren römischen Juristen fand. Eine derartige Nachlässigkeit kann culpa lata sein, aber ebenso gut einen leichten Fehler bilden.[13]

10) Diesen Satz hat Celsus zur Geltung gebracht. l. 9 § 5 D. locati 19, 2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. Vgl. l. 8 § 1 D. ad. leg. Aquiliam 9, 2.

11) Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 360 ff., l. 72 D. pro socio 17, 2.

12) Das B.G.B. hat die Fälle zum Teil anders bestimmt; vgl. Bürg. R. Bd. 2 § 65 S. 140.

13) Celsus libro 11 digestorum. l. 32 D. depositi 16, 3. Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. l. 23 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Auffassungen über die l. 32 cit. sind sehr geteilt. Alle Versuche, sie mit dem übrigen Quellenmaterial in Übereinstimmung zu bringen, sind gescheitert. Erklärungen älterer Schriftsteller, die nicht stichhaltig sind, referiert Hasse a. a. O. S. 199 Anm. 1. Hasse selbst erachtet als Meinung von Celsus, daß „culpa levis unter Umständen in gewissem Sinne dolus

§ 87. Unwissenheit und Irrtum.[1]

1. Irrtum — error — ist die falsche Vorstellung vom Wirklichen; Unwissenheit — ignorantia — ist Nichtkenntnis des Sachverhaltes. Unwissenheit und Irrtum haben die gleichen Folgen.[2] Die Quellen und die Jurisprudenz gebrauchen daher die beiden Ausdrücke wie Synonyma.

2. Nicht bei allen Verhältnissen ist Irrtum von rechtlicher Bedeutung. Häufig stellt das Gesetz seine Regeln derart auf, daß das Wissen oder Nichtwissen der Beteiligten nicht in Betracht kommt. Beispielsweise ist ein Privattestament, welches vor 7 fähigen Zeugen zu errichten ist, nichtig, wenn einer der Zeugen unfähig ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Erblasser entschuldbarer Weise die Unfähigkeit seiner Zeugen nicht kannte.

In vielen Verhältnissen ist der Irrtum von Bedeutung. Eine der wichtigsten juristischen Tatsachen ist z. B. der gute Glaube eines Nichtberechtigten. Seine Basis aber ist Irrtum. Irrtum ist ferner eine Grundlage der Rückforderung von Zahlungen vermeinter, aber nicht wirklich bestehender Schulden. Der Irrtum spielt auch bei der Frage der Rechtsbeständigkeit von Rechtsgeschäften eine große Rolle.[3]

Auch in solchen Fällen wird nicht jeder Irrtum berücksichtigt.

3. Eine alte Rechtsregel besagte: Rechtsirrtum schadet, tatsächlicher Irrtum schadet nicht.[4]

---

sein könne". Windscheid Bd. 1 § 101 8. A. S. 450 meint, die Nachlässigkeit, welche der Nachlässige in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiß, werde, wenn auch nicht „durchweg", rechtlich behandelt wie die Arglist. Binding, Normen Bd. 2 S. 355 unterstellt in der l. 32 bewußte Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten. Wieder anders Regelsberger Bd. 1 § 179 Anm. 11. — Alle diese Versuche sind verfehlte. Celsus hat, wie er dies auch sonst oft tut, seine eigenen Wege eingeschlagen. Es ist dies um so weniger befremdlich, als zu seiner Zeit die Doktrin der culpa noch im Fluß, die Auffassung von diligentia quam in suis rebus als Unterart der culpa levis noch nicht allgemein anerkannt war. So im wesentlichen Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 366. — In der justinianischen Kompilation ist die Entscheidung von Celsus auf Fälle zu beziehen, in welchen die ausschließliche Sorge für die eigenen Sachen tatsächlich grobe Schuld ist, z. B. es rettet jemand bei einem Brande seine eigenen Staatspapiere aus seinem Kassenschranke und läßt die danebenliegenden deponierten verbrennen, obgleich er sie mit demselben Griffe retten konnte.

1) Tit. Dig. de juris et facti ignorantia 22, 6, Cod. 1, 18. Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 35. Savigny Bd. 3 S. 111 ff. Beilage VIII S. 325 ff. Wächter, Pandekten § 32 Beilage Bd. 1 S. 354. Brinz Bd. 4 § 525 ff. Vgl. auch Petražycki, L. v. Einkommen Bd. 1 S. 332 ff.

2) Savigny Bd. 3 S. 326.

3) Vgl. unten § 101. Über das Wort der Quellen „errantis nulla voluntas" vgl. unten § 102 Anm. 3.

4) l. 9 pr. D. h. t. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

Tatsächlicher Irrtum wird beachtet. Denn Irren ist menschlich. Der Umsichtigste kann in den Geschäften des Lebens nicht immer den Schein vom Wirklichen scheiden.[5] Wie leicht kann man sich z. B. darüber irren, ob jemand, der uns eine Sache zum Verkauf anbietet, deren Eigentümer ist. Rechtsirrtum, d. h. Irrtum über das Recht im objektiven Sinne wird dagegen nicht beachtet.[6] Denn man nimmt an, daß jeder das Recht zu kennen hat, soweit es in seine Angelegenheiten einschlägt.

In der Kaiserzeit legte man das Hauptgewicht auf die Entschuldbarkeit des Irrtums. Dies war mit der alten Rechtsregel in gewissem Maße vereinbar. Man ließ sie daher nicht fallen. Man bildete sie aber in beiden Gliedern nach dem neuen Gedanken tunlichst um.[7]

a) Es wurde allseitig anerkannt, daß tatsächlicher Irrtum nur dann nützt, wenn er entschuldbar ist. Dies galt im Interesse des Verkehrs und der guten Ordnung. Wäre doch sonst der Unaufmerksame und Nachlässige dem Aufmerksamen und Sorgfältigen gegenüber im Vorteil.[8]

b) Die Einfachheit des alten Rechtes ließ es seiner Zeit als unbedenklich erscheinen, Rechtsirrtum völlig zu ignorieren. Gegenüber

5) l. 2 D. h. t. Neratius libro 5 membranarum . . . facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

6) Irrtum über das Recht im objektiven Sinne ist insbesondere Irrtum über Gesetze, bei den Römern auch Irrtum über die Normen des prätorischen Ediktes l. 10 D. de bon. poss. 37, 1. Vgl. S. A. Schultze, Privatrecht und Prozeß § 30. Im heutigen Rechte macht es keinen Unterschied, ob es sich um Reichsgesetze oder um Landes- oder andere Partikulargesetze handelt. Dagegen ist Irrtum über Gewohnheitsrechte und Observanzen, desgleichen über ausländische Gesetze dem Irrtum über Tatsachen gleich zu stellen, da nicht einmal der Richter solche Rechtsnormen zu kennen braucht, C.P.O. § 293. Bestreitbar ist, ob die unrichtige Subsumtion oder Nichtsubsumtion eines Tatbestandes unter ein Gesetz Rechtsirrtum ist. Dieselbe kann auf verschiedenen Gründen beruhen, nämlich entweder auf einer irrtümlichen Auffassung des Tatbestandes und ist dann tatsächlicher Irrtum, oder auf einer falschen Auffassung des Inhaltes der Gesetze und ist dann Rechtsirrtum. Wächter a. a. O. S. 352 gegen Savigny S. 327, S. 338 ff. Vgl. auch Brinz Bd. 4 § 529. Verschieden vom Rechtsirrtum ist natürlich der Irrtum über Rechte im subjektiven Sinne. Er kann im Irrtum über Tatsachen seinen Grund haben, und ist dann tatsächlicher Irrtum, oder in Rechtsirrtum beruhen. Andere Auffassungen vertritt K. Adler, Iherings Jahrb. Bd. 33 n. 2.

7) Pernice, Labeo Bd. 2, 2. A. S. 493 hebt mit Recht hervor, daß es Ausgangspunkt der römischen Jurisprudenz war, Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum verschieden zu behandeln. Aber er verkennt meines Ermessens, daß die Entwicklung in der Kaiserzeit darauf geht, die Entschuldbarkeit des Irrtums zum entscheidenden Kriterium zu machen.

8) l. 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum . . . non opinionem cujus et resupinam existimationem (prod) esse oporteat: ne melioris condicionis sint stulti quam periti. l. 6 D. de juris et facti ignorantia 22, 6.

der Verwicklung des Rechtes der Kaiserzeit konnte dies zu Härten führen.

Man verwies freilich auf die Möglichkeit, den Rat von Rechtsgelehrten einzuholen. Hieraus schloß dann Labeo, daß Rechtsirrtum zu verzeihen sei, wenn die Frage über den Gesichtskreis des Laien hinausgehe und Gelegenheit zur Einholung der Belehrung durch Rechtsgelehrte fehle. Das sind seltene Fälle.[9]

Man sah des weiteren den Soldaten, Ungebildeten und Frauen bei einigen Angelegenheiten Rechtsirrtum nach.[10] Papinian aber erklärte, daß Rechtsirrtum zwar zum Erwerb nicht ausreiche, daß er aber nicht schade, wenn es sich um Verlustabwendung handele.[11] Natürlich schadet er nur dann nichts, wenn er entschuldbar ist. Dies hat Papinian nicht ausdrücklich gesagt. Es lag nicht in seiner Manier, Derartiges hervorzuheben. Es galt ihm, das alte starre Dogma abzuschwächen, welches die Berücksichtigung von Rechtsirrtum ausschloß. Davon konnte keine Rede sein, daß Papinian leichtsinnigem Rechtsirrtum die Bahn frei machen wollte. Leichtsinn und Gedankenlosigkeit entschuldigen ja nicht einmal faktischen Irrtum.

Hiernach ist das Ergebnis der Entwicklung folgendes: Nur entschuldbarer Irrtum wird berücksichtigt. Rechtsirrtum erscheint zwar an sich als unentschuldbar, kann aber entschuldbar sein und hindert dann

---

9) l. 9 § 3 D. h. t. 22, 6.

10) Die bezüglichen Bestimmungen sind antiquiert. Vgl. über dieselben Hufeland, Geist des römischen Rechtes Bd. 1 S. 231 ff.: „Über die Wirkungen der Unkunde des Rechtes in Ansehung bestimmter Menschenklassen."

11) l. 7 D. h. t. Papinianus libro 19 quaestionum: Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, l. 8 D. eod. Idem libro 1 definitionum: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Also: tatsächlicher Irrtum soll in Bezug auf Verlust oder Erwerb nicht schaden — natürlich nur, wenn er entschuldbar ist; Rechtsirrtum soll bei Verlust nicht schaden, natürlich auch nur, wenn er entschuldbar ist. So Vangerow Bd. 1 § 83 V, welcher vielleicht um deswillen keinen Anklang fand, weil er den historischen Hintergrund des Ausspruches Papinians nicht beachtete. Mit Papinians Distinktion stimmt l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 32 ad Sabinum: numquam in usucapionibus juris error possessori prodest. Die Ersitzung ist der hauptsächliche Vorteil, an den Papinian denken mochte; ein anderer ist der Fruchterwerb. Savigny sieht in der l. 7 und l. 8 cit. einen „nicht gelungenen Versuch" zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzipes; doch habe dies nicht Papinian verschuldet, die Schuld treffe die Kompilatoren, welche Papinians Äußerung in abgerissener Gestalt aufgenommen und unrichtigerweise verallgemeinert hätten. Ähnlich Wächter, Pandekten Bd. 1 § 72, Windscheid Bd. 2 § 79 Anm. 12. Diese Erklärung nimmt es zu leicht mit Papinians Ausspruch. Sie läßt offen, was Papinian aussprechen wollte, was angeblich verallgemeinert ist. Übrigens ist anzunehmen, daß „amittendae rei suae" ein altes in den Text geratenes Glossem ist. Diese Annahme ändert nichts am Sinne, befreit aber Papinian vom Vorwurf eines Schwulstes, welcher seiner Art fremd ist.

den Verlust. Rechtsirrtum kann aber — ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit — die ordentliche Ersitzung und den Eigentumserwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten fremder Objekte nicht begründen, da dies Erwerbsfälle sind.[12]

II. Zeit.

§ 88. Zivilkomputation und Naturalkomputation.[1]

1. Gesetze, Erlasse von Behörden, Rechtsgeschäfte treffen häufig Zeitbestimmungen nach Jahren, Monaten, Wochen[2] oder Tagen. Selten wird besonders vorgesehen, wie bei der Berechnung dieser Zeiträume zu verfahren ist. Zur Aushilfe haben sich allgemeine Regeln gebildet, die sich an den Kalender und die Verkehrsgewohnheiten anschließen.[3]

a) Das Einfachste scheint zu sein, von dem Augenblicke an, in

12) Nach heutigem Strafrechte gilt die Berufung auf Rechtsirrtum über Strafrechtssätze ausgeschlossen. Dagegen kann der Irrtum über Zivilrechtssätze geltend gemacht werden, um den Nachweis des mangelnden strafrechtlichen Dolus zu führen. Berner, Strafrecht § 125, R.G. in Strafsachen Bd. 2 S. 268, Bd. 3 S. 184, S. 300, Bd. 4 S. 384 und Bd. 7 S. 65.

1) Savigny Bd. 4 S. 320 ff. Dort findet sich die ältere Literatur. Siehe ferner Bachofen in Lindes Zeitschrift Bd. 18 n. 2 und 11, Hölder: die Theorie der Zeitrechnung nach römischem Recht 1873, Münchener Rektoratsrede von Brinz über die Zeit im Recht 1882, Bekker Bd. 2 S. 38, A. Schneider, zur Berechnung der Fristen im röm. R., Züricher Festg. f. Dernburg, 1900, und hiergegen Hölder, zur römischen Zeitberechnung, Savigny-Zeitschr. rom. Abtlg. Bd. 21 S. 62, gegen ihn wieder Schneider, Savigny-Zeitschr. Bd. 22 S. 144; vgl. auch Bilfinger d. bürgerliche Tag im klassischen Altertum und Mittelalter 1888 und hierüber Hölder krit. V.J.Sch. Bd. 33 S. 321. — B.G.B. §§ 186 ff. Bürg.R. Bd. 1 § 104, 105.

2) Jahr, Monat, Woche nennt man das Kalenderjahr u. s. f., wenn sie von den im Kalender festgestellten Anfangstagen laufen, beweglich, wenn sie von anderen Anfangszeiten zu rechnen sind. Der Kalendertag beginnt um 12 Uhr Nachts, der bewegliche Tag beträgt 24 Stunden von irgend einem anderen Ausgangspunkte an.

3) Der Kalender der europäischen Nationen ist der römische. Bis auf Julius Caesar hatte das offizielle römische Jahr 355 Tage. Die Differenz mit dem Sonnenjahre suchte man durch Einfügung eines Schaltmonates von 27 Tagen zwischen Februar und März auszugleichen. Die Einschaltung geschah ein um das andere Jahr; den Februar verkürzte man im Schaltjahr bald auf 23, bald auf 24 Tage. Mommsen, römische Chronologie 2. Ausgabe S. 18 ff. Des Schaltmonats gedenkt noch Celsus in der l. 98 §§ 1. 2 D. de V. S. 50, 16, wo er ihn freilich auf 28 Tage setzt. Der Schaltmonat galt rechtlich als ein Zeitmoment. — Julius Caesar führte den noch jetzt geltenden Kalender ein, nach welchem das Jahr 365 Tage zählt und je im 4. Jahre ein Schalttag eingefügt wird. Es war aber ein Mangel des Julianischen Kalenders, daß er das Sonnenjahr gleich 365 Tagen und 6 Stunden annahm, während dasselbe in der That nur 365 Tage 5 Stunden 48′ 48″ zählt. Den Fehler verbesserte Papst Gregor XIII. im Jahre 1581. Damals wurden 10 Tage ausgemerzt, für die Folgezeit aber die Weglassung von je 3 Einschaltungen in je 400 Jahren angeordnet. Der Gregorianische Kalender erlangte nach und nach in den Staaten der christlichen Welt Anerkennung: Rußland und andere der griechischen Kirche angehörige Staaten halten aber an dem Julianischen Kalender — dem s. g. alten Stil — fest, welcher jetzt (im 20. Jahrhundert) um 13 Tage hinter dem Gregorianischen zurück ist.

welchen das Anfangsereignis fällt, zu zählen, bis die Zahl erfüllt ist. Diese Berechnung nennt man die natürliche — naturalis computatio — oder Zeitrechnung — a momento ad momentum.

b) Dem Rechte ist sie jedoch für die Regel fremd. Dasselbe berechnet vielmehr Zeiträume nach ganzen Tagen[4] — in dies — der Art, daß der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht als ein Zeitpunkt gilt,[5] kleinere Zeitteile aber nicht berücksichtigt werden. Man nennt diese Berechnung die bürgerliche — computatio civilis.[6]

Die bürgerliche Berechnung scheint ungenau und unvollkommen. Sie ist dennoch wohlberechtigt. Denn der Augenblick, in welchem sich ein rechtlich erhebliches Ereignis vollzieht, z. B. der Erwerb des Besitzes einer Sache, deren Ersitzung nach Jahren in Frage kommt, ist in der Folgezeit oft nicht mit Sicherheit zu ermitteln. Jedenfalls stünde die Mühe der Ermittlung nicht im Verhältnisse zum Resultat. Denn ob ein paar Stunden mehr oder weniger zu laufen haben, ist für das Allgemeine gleichgültig. Es genügt, daß die Berechnung gleichförmig und sicher ist.

2. Die natürliche Berechnung muß jedoch da eintreten, wo nicht ein Zeitraum, sondern ein Zeitpunkt in Frage steht.[7] Daher entscheidet der Moment über die Priorität der Geburt oder des Todes zweier Menschen. Das Gleiche gilt für die Frage der Priorität dinglicher Rechte. Pfandrechte z. B. an derselben Sache von demselben Tage, aber aus verschiedenen Stunden, ordnen sich untereinander nach der Folge der Stunden.[8]

---

4) l. 8 D. de feriis 2, 12.

5) Die römische Stundeneinteilung schloß sich an Tag und Nacht an. Man zählte 12 Tagesstunden von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang und 12 Nachtstunden von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang. Demgemäß fiel die Mitternacht mit der Vollendung der hora sexta noctis und der Mittag mit der Vollendung der hora sexta diei zusammen.

6) In den römischen Quellen wird die Naturalkomputation vorgeschrieben bei Berechnung der Minderjährigkeit, um dem Minderjährigen die Wohltat der restitutio in integrum nicht zu verkürzen, l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4. Diese Ausnahme besteht gemeinrechtlich nicht mehr; vgl. unsere fünf ersten Auflagen, ferner Hölder, Savigny-Zeitschr. rom. Abtlg. Bd. 21 S. 68 ff.

7) Ist für die Vornahme einer Handlung ein Zeitraum festgestellt, so liegt eine Frist vor, ist für sie ein gewisser Zeitpunkt bestimmt, ein Termin.

8) Allerdings nimmt Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1 gleiche Berechtigung der Pfandgläubiger an, „si eodem die pignus utrique datum est separatim". Allein, er unterstellt hierbei, daß nur der Tag, nicht die Stunde der Pfandbestellung erhellt. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 408.

§ 89. Die Zivilkomputation im einzelnen.

Die Zivilkomputation beruht auf Zweckmäßigkeit. Eine gewisse Willkür liegt aber in ihr. Es eröffnen sich zwei Wege, um sie durchzuführen, die an sich gleichwertig sind. Man kann nämlich den Tag, in dessen Lauf das Anfangsereignis fällt, *mitzählen*, oder man kann ihn *fortlassen*. Welchen Weg man einschlägt, ist Sache der Volkslaune und der Gewohnheit.

Da man die Basis des Realen verlassen hat, so knüpfen sich an die Ungenauigkeit, welche durch den Zweck gefordert wird, leicht andere, die an sich nicht notwendig wären.

Die Zivilkomputation als positive Rechtsbildung nahm in Rom eine andere Gestalt an, als den deutschen Verkehrsanschauungen und den deutschen Reichsgesetzen entspricht.

I. Die *Römer* lösten die Zeiträume in Tage auf. Die Jahresfrist beträgt 365 Tage;[1] die Monatsfrist gilt gleich 30 Tagen.[2] [3]

Der Schalttag — bissextum —, d. h. nach römischem Kalender der im Schaltjahre eingeschobene 25. Februar erfährt eine besondere Be-

---

1) l. 134 D. de V. S. 50, 16, l. 51 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2, l. 4 § 5 D. de statuliberis 40, 7.

2) Es ergibt sich dies indirekt daraus, daß die Ausdrücke 30, 60 Tage u. s. f. als identisch mit 1 oder 2 Monaten genommen werden. So l. 12 § 6, l. 30 § 5 D. ad leg. Juliam de adulter. 48, 5. ferner l. 22 §§ 2, 2a und l. 11 C. de jure deliberandi 6, 30. Auch die Frist von 2 Monaten, welche die l. 28 D. de aedil. edicto 21, 1 für die dort erwähnte Redhibition angibt, ist von der Frist von 60 Tagen für die in l. 31 §§ 22, 23 behandelte Redhibition gewiß nicht verschieden.

3) Nicht übereinzustimmen scheint l. 101 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro singulari de cognitionibus: Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Schrader, Abhandlungen n. 3 unterstellt hiernach, die Römer hätten die Monate als Bruchteile des Jahres von 365 Tagen gerechnet, unter Abrechnung der Stunden, daher sei ein Monat = 30 Tagen, 2 Monate = 61 Tagen u. s. f. Dies ist bei der Studierlampe erfunden. — Huschke will durch Emendation helfen. Er verbessert primo in premo gleich postremo; dies ist willkürlich. Auch wurde die Berechnung der Monatsfristen, welche jedem Römer geläufig sein mußte, sicherlich nicht auf ein Reskript gegründet: postremo wäre endlich ein auffallender Pleonasmus. In Wirklichkeit sagt Paulus nicht, 2 Monate seien gleich 61 Tagen, sondern nur in einem Falle, in welchem das Gesetz von 2 Monaten spräche, solle auch noch der 61. Tag berücksichtigt werden. Der Ausspruch bezog sich wohl auf die Klausel der lex Julia de adulteriis, wonach Ehemann und Vater innerhalb 60 Tagen das Vorrecht der Anklage hatten, l. 15 § 2 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5. Erhoben sie erst am 61. Tage die Anklage, so blieb ihnen nach dem Geiste der lex gleichwohl das Vorrecht, wenn auch ein Fremder an demselben Tage klagte, denn dies Vorrecht hatten sie stets, wenn sie der Vorwurf der Versäumnis nicht traf, l. 4 § 2 D. de adulteriis „et magis arbitror hoc quoque casu maritum audiendum, si non neglegentia praeventus est". Von solcher Versäumnis konnte nicht gut die Rede sein, wenn der Mann oder Vater noch am 61. Tage zur Anklage schritt.

handlung.[4] Er gilt als ein Tag mit dem 24. Februar.[5] Bei nichtgesetzlichen, in Tagen angesetzten Fristen wird er jedoch als besonderer Tag gezählt.[6]

Die Römer zählten ferner als ersten den Tag, in welchen das Anfangsereignis fällt. Hiernach vollendet sich eine Jahresfrist, deren Anfang dem 1. Januar — kalendis Januariis — angehört, mit dem 31. Dezember — pridie kalendas Januarias.[7]

Ja man erachtete in der Kaiserzeit, wenn es sich um den Erwerb einer Fähigkeit oder eines Rechtes handelte, den Beginn des letzten Tages als genügend — dies coeptus pro completo habetur. Der am 1. Januar Geborene wurde beispielsweise bereits mit dem Beginne des 31. Dezember, d. h. in der Mitternacht vom 30. auf den 31. testaments-

---

4) Es besteht Streit darüber, ob der römische Schalttag der 25. Februar oder der 24. war. Das erstere hat Mommsen, römische Chronologie 2. Auflage S. 279 ff. und in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 14, das letztere Arndts ebendaselbst n. 10 verteidigt. In der l. 98 D. de V. S. 50. 16 erklärt Celsus „sed posterior dies intercalatur". Daß er damit wegen der Rückzählung im römischen Kalender den „früheren" Tag, also den 24. verstand, ist eine sehr gekünstelte Annahme; der Kirchenkalender behandelte aber allerdings den 24. als Schalttag. Nach deutscher Auffassung 29. Februar? Dernburg, Preuß. Pr.R. Bd. 1 § 70, Bürg.R. Bd. 1 § 104 Anm. 10 S. 320, Bekker, Pand. Bd. 2 S. 35, Regelsberger Bd. 1 § 124 Anm. 6.

5) l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4, l. 98 D. de V. S. 50, 16.

6) l. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3. Marcellus libro 6 digestorum. In tempore constituto judicatis an intercalaris dies proficere judicato nec ne debeat, quaeritur. idem de tempore, quo lis perit: sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit questio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur. ut aediliciae pleraeque actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori. (Scaevola notat. ins. Mommsen) mihi contra videtur. Problematisch ist, ob der Schlußsatz auch auf gesetzliche, nach Tagen bestimmte Fristen zu beziehen ist. Da die Nichtrechnung des Schalttages die Regel der Römer ist, so ist dies nicht anzunehmen. Nur bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder obrigkeitliche Verfügung festgesetzt sind, ist also der Schalttag besonders zu zählen. Zu zählen ist aber der Schalttag bei der Bemessung der Schwangerschaftsperiode. Denn hier handelt es sich nicht um eine positive gesetzliche Frist, sondern um eine auf einen Naturvorgang gegründete Präsumtion.

7) So auch Hölder, Zeitberechnung S. 24, Regelsberger Bd. 1 § 125. Dagegen legt Savigny Bd. 4 § 182 den Endpunkt auf den Ablauf des wiederkehrenden Kalendertages. Mit den Quellen ist dies unvereinbar. Nach l. 1 pr. D. de manum. 40, 1 ist der kalendis Januariis Geborene — nach 20 Jahren — befugt, „post sextam noctis", „pridie kalendas" zu manumittieren, also am 31. Dezember und sicher nicht erst am 1. Januar. Desgleichen kann ein am 1. Januar Geborener gemäß l. 5 D. qui test. 28, 1 — nach 14 oder 12 Jahren — „pridie kalendarum" „post sextam horam noctis" ein Testament machen. Savigny S. 384 erklärt, er könne schon am 31. Dezember vor Mitternacht Zeugen versammeln, das Erz, die Testamentsurkunde bereit halten, um sofort nach Mitternacht am Neujahrstage das Testament zu vollziehen. Diese Erklärung ist unzulässig. Auch l. 1 §§ 5, 6, 12 D. quando appellandum 49, 4 ergeben, daß die Römer bei der Zivilkomputation den Tag des Anfangsereignisses voll einrechneten, so daß sie nie auf den wiederkehrenden Kalendertag kommen konnten.

mündig.[8] Die Verleitung zu solcher Abkürzung, bei der ein laxes Billigkeitsgefühl mitspielte, lag eben darin, daß die Zivilkomputation etwas Künstliches ist, so daß einer gewissen Willkür Raum blieb.

Wo es sich um einen *Rechtsverlust* mit Ablauf der Zeit handelt, tritt eine derartige Verkürzung nicht ein. Hierhin gehört die erlöschende Verjährung.[9]

II. Der heutige Verkehr berechnet Jahres-, Monats- und Wochenfristen *nach der Kalenderzeit* von Datum zu Datum. Es bedarf keiner Zählung der einzelnen Tage. Der Kalender präsentiert ohne weiteres den wiederkehrenden Tag. Denn derjenige Tag ist als der abschließende anzusehen, welcher durch seine *Benennung* oder *Zahl* dem Tage entspricht, in welchem das Anfangsereignis geschah. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so fällt das Ende auf den letzten Tag dieses Monats.

Die Berechnung nach der Kalenderzeit wird von den Reichsgesetzen vorgeschrieben.[10] Da sie den Auffassungen des heutigen Verkehrs ent-

---

8) Liegt in dieser Verkürzung eine Singularität *einzelner* Fälle, wie dies Bachofen a. a. O., Krüger, kritische Versuche S. 59 ff., annehmen, oder ein Grundsatz für *jeden* an einen Zeitablauf geknüpften *Rechtserwerb*, wie dies Savigny a. a. O. S. 364 verteidigt? Vgl. auch Regelsberger Bd. 1 § 125 Anm. 8 und dort Angef. Die Römer sind in der Tat zu dem auffallenden Satze gelangt, daß ein Rechtserwerb innerhalb einer Jahresfrist, die am 1. Januar zu laufen beginnt, mit Ablauf des 30. Dezember vollendet ist. Sie sehen hierin geradezu eine Eigenheit der Zivilkomputation. In diesem Sinne äußert Paulus libro 2 ad legem Juliam et Papiam l. 134 D. de V. S. 50, 16, daß man anniculus sei . . . trecentesimo sexagesimo quinto die incipiente plane non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. Folgerecht beginnt die Testamentsmündigkeit des am 1. Januar geborenen pridie kalendarum post sextam horam noctis, l. 5 D. qui test. 28, 1, desgleichen die Manumissionsmündigkeit post sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit, also mit dem Beginn des 31. Dezembers. In gleichem Sinne entscheidet Celsus libro 22 digestorum l. 49 D. de cond. et dem. 35. 1 bezüglich letztwilliger Zuwendungen: si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse jussus est, novissimo ejus temporis die legatum debebitur et libertas optingit. Dasselbe gilt von der Ersitzung. Venulejus libro 5 interdictorum, l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3: in usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. Weniger unzweideutig ist Ulpian libro 11 ad edictum l. 6 D. de usurp. 41. 3: In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus und in l. 7 D. eod. libro 27 ad Sabinum: Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Januarias implet usucapionem. Doch l. 6 betont nur das Prinzip der Zivilkomputation, und l. 7 läßt die Auslegung zu, daß der Beginn des 31. Dezembers genügt. Vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 398, Hölder, Savignyzeitschr., rom. Abt. Bd. 21 S. 67, 68. — In der Zeit der Republik kannte man diese Abschwächung noch nicht, vgl. Gellius noct. atticae III cap. 2.

9) Paulus libro 4 ad Sabinum l. 6 D. de obl. et act. 44, 7. In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem l. 1 § 9 D. de successorio edicto 38, 9.

10) Vgl. B.G.B. § 188, W.O. Art. 32, Str.G.B. § 19 Abs. 1, C.P.O. § 222 Abs. 1, F.G.G. § 17 Abs. 1.

spricht, so ist sie im Zweifel bei allen neueren Gesetzen,[11] sowie bei Rechtsgeschäften und bei obrigkeitlichen Verfügungen zur Anwendung zu bringen.

Der halbe Monat ist gleich 15 Tagen zu rechnen.[12]

Fristen, welche in Tagen angesetzt werden, sind nach heutigem Gebrauch volle und freie, d. h. der Tag des Anfangsereignisses ist nicht mitzurechnen.[13] [14] Der Schalttag wird bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder Verfügung von Behörden angesetzt sind, als besonderer Tag gezählt.[15]

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen sollen die Geschäfte ruhen.[16] Daher verlegen sich Termine auf den folgenden Werkeltag und Fristen schließen erst mit demselben.[17]

§ 90. Tempus continuum und utile.

I. Ist vom Gesetz oder auch durch Rechtsgeschäft für die Vornahme einer Handlung ein Zeitabschnitt festgestellt, so ist fast wichtiger als die Zahl der Jahre, Monate, Tage, die Frage, von wannen die Zählung beginnt und was sie hemmt.

Der Lauf beginnt meist dann, wenn die generellen objektiven Voraussetzungen der Vornahme der Handlung vorhanden und setzt sich fort, solange dieselben gegeben sind. Eine solche Berechnung ist eine ununterbrochene — continuum tempus. So ist es z. B. wenn eine Klageverjährung schlechthin von der Entstehung des Klagerechts an läuft oder eine Frist für eine Erbschaftsantretung unmittelbar von dem Tode des Erblassers an zu zählen ist.[1]

II. In gewissen Fällen vertagen nach römischem Recht die in der besonderen Sachlage begründeten Hindernisse der Vornahme der Handlung den Beginn oder auch den Lauf des Zeitabschnitts; dann ist die Berechnung der Zeit „utilis".[2]

---

11) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 277, Bd. 11 S. 44 und Anm. des Einf.

12) B.G.B. § 189.

13) B.G.B. § 187, W.O. Art. 32.

14) Auch die Jahresfristen waren nach älterem deutschen Rechte volle in diesem Sinne. Um das zu markieren, sprach man ursprünglich von „Jahr und Tag", was später vielfach nicht verstanden wurde. Fockema-Andreae in der Savignyzeitschrift germ. Abt. Bd. 14 n. 2.

15) Vgl. oben Anm. 6.

16) l. 2, l. 3 C. de feriis 2, 12.

17) B.G.B. § 193, C.P.O. § 222 Abs. 2.

1) Es kann jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eintreten. Solche gibt beispielsweise C.P.O. § 233 Abs. 1 dem, welcher durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wurde, eine prozessualische Notfrist zu wahren.

2) Ubbelohde, Berechnung des tempus der prätorischen Temporalklagen 1891.

Behinderungsgründe solcher Art bildeten:

a) Unzugänglichkeit des *Gerichts*, bei welchem die Handlung zu geschehen hat.[3]

b) Umstände, welche den *Berechtigten* sowohl an der persönlichen Vornahme der Handlung, als auch an der Bestellung eines Vertreters hindern z. B. Gefangenschaft, schwere Krankheit.

c) Nichtauffindbarkeit dessen, *dem gegenüber* eine Erklärung z. B. eine außergerichtliche, abzugeben war.

d) Endlich auch entschuldbare *Nichtkenntnis* des Berechtigten davon, daß ihm eine bestimmte Zeit für die fragliche Handlung läuft.[4]

Diese Behinderungsgründe hemmen zuweilen *nur den Beginn* des Zeitabschnittes.[5] So ist es bei der utilen Berechnung der *Verjährung der prätorischen sowie der ädilizischen Klagen*.

Zuweilen stehen sie *auch der Fortsetzung* des Laufes des Zeitabschnittes entgegen. Insbesondere berechneten die Römer die Frist für die Agnoszierung einer bonorum possessio so, daß die *einzelnen Tage*, an welchen Hinderungsgründe für dieselbe bestanden, nicht mitgezählt wurden.[6]

Schon im gemeinen Rechte hat die utile Berechnung sehr an Bedeutung verloren[7], im B.G.B. kommt sie nicht mehr vor.

---

3) l. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

4) Savigny behauptet Bd. 3 S. 403, Bd. 4 S. 433 ff., in der Regel werde *Nichtkenntnis* — abgesehen von der bonorum possessio — bei der utilen Berechnung nicht berücksichtigt. Hiergegen hat sich Windscheid Bd. 1 § 104 Anm. 7 mit Recht erklärt. Vgl. namentlich l. 55 D. de aedilicio edicto 21, 1. Papinianus libro 12 responsorum. Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit. Bezeichnend ist auch l. 8 D. de his qui not. infamia 3, 2 Ulpianus libro 6 ad edictum . . . cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mariti. Dies unterstellt, daß beim tempus utile die Ausmerzung der Zeit der Nichtkenntnis das Normale ist.

5) Ältere drücken dies so aus, es werde „utiliter ratione initii, continuo ratione cursus“ gerechnet.

6) l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15 Ulp. libro 49 ad edictum. Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Die herrschende Ansicht generalisiert dies und behauptet, daß auch der Lauf einer Klageverjährung durch ein im Laufe der Verjährungszeit eintretendes Hindernis gehemmt wird. Dagegen hat sich mit Recht Ubbelohde a. a. O. erklärt. Nun beruft man sich zwar für die Gegenansicht auf die Schlußworte der l. 1 D. de div. temp. praescr. cit. „proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit“. In der Tat sind sie für dieselbe nicht beweisend; zutreffend hat Eck bemerkt — mündlich —, daß regelmäßig gerade „dies cedit“ *Beginn* der Zeit bezeichnet.

7) Schon im späteren römischen Rechte wurde der annus utilis der Restitutionsfrist in ein quadriennium continuum verwandelt; desgleichen die ältere utile Appellationsfrist in zehn fortlaufend zu berechnende Tage. Im gemeinen Rechte war der Erwerb der bonorum possessio nicht mehr an eine Frist gebunden. Es wurden

Eine utile Berechnung hat zuweilen auch nach dem Wortlaut oder nach dem Sinn vertragsmäßiger Fristen einzutreten.[8]

Drittes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.[1 2]

I. Begriff. Arten.

§ 91. Begriff des Rechtsgeschäftes.

1. Die menschliche Tätigkeit bewegt sich zum großen Teile im Abschlusse und in der Auflösung von Rechtsgeschäften. Einige dieser Geschäfte gehören dem täglichen Leben an, wie Kauf, Dienstmiete, Sachenmiete; andere sind zwar seltenere aber wichtigere Aktionen, wie die Testamentserrichtung, die Erbschaftsantretung; einen Lebensabschnitt bildet die Eheschließung, die Kindesannahme.

Jede der unzähligen Arten von Geschäften steht unter besonderen, ihrer Eigenart angepaßten Regeln. Aber wir ordnen sie sämtlich dem einen allgemeinen Begriffe des Rechtsgeschäftes unter und entwickeln an demselben Rechtsgrundsätze, die allen Geschäften oder doch größeren Gruppen derselben zukommen. **Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden.**[3]

Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist ein Erzeugnis der modernen Systematik.[4] In neuester Zeit haben sich einige gegen die innere Be-

auch sonst zahlreiche Institute, bei denen in Rom utile Fristen und Verjährungen vorkamen, nicht recipiert.

8) Beispielsweise enthalten die Versicherungsverträge meist die Klausel, daß die Ansprüche der Versicherten erlöschen, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Frist geltend gemacht werden. Das R.O.H.G. Bd. 8 S. 408 interpretierte dies dahin, daß eine unverschuldete Versäumung der stipulierten Frist die Verwirkung des Anspruches des Versicherten nicht nach sich ziehen soll, so daß im einzelnen Falle untersucht werden müsse, ob verschuldete Versäumnis vorliege. Vgl. R.G. Bd. 19 S. 134.

1) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 12, Enneccerus, Rechtsgeschäft. Bedingung und Anfangstermin 1889, Zitelmann, die Rechtsgeschäfte in den Beitr. zum Entwurf von Bekker u. Fischer n. 7 u. 8, Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.

2) Die gemeinrechtliche Lehre der Rechtsgeschäfte bestimmt auch das Recht des B.G.B. § 116 ff., Bürg. R. Bd. 1 §§ 106 ff.

3) Über verschiedene Definitionen vgl. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 264.

4) Die Römer haben einen entsprechenden technischen Ausdruck nicht gehabt. Das Bedürfnis der Generalisierung trat aber auch in Rom hervor. Man verwertete

rechtigung des Begriffes erklärt.[5] Nur die einzelnen *Arten* der Geschäfte, wie sie im Leben vorkommen, seien in Betracht zu ziehen, *gemeinsame Sätze* dürfen *nicht* für sie aufgestellt werden, da sie untereinander von Grund aus verschieden seien. Dieser Widerspruch ist unberechtigt. Bei aller Verschiedenheit im einzelnen besteht eine tiefgehende Gemeinsamkeit. Denn das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Daher sind auch den Rechtsgeschäften wichtige Grundsätze bezüglich der Handlungsfähigkeit, des Willens und seiner Erklärung, sowie der Anfechtung gemeinsam.

Das Rechtsgeschäft dient der *privatrechtlichen Selbstbestimmung*. Dies gibt dem Begriffe seine festen Grenzen.[6] Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, welche auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, ohne Unterschied, ob sie durch *die Erklärung allein* oder *in Verbindung mit anderen Tatsachen* erfolgt, z. B. die Zahlung einer Schuld, die Okkupation herrenloser Sachen, etwa des erlegten Wildes durch den Jäger; es kommt auch nichts darauf an, ob dem Handelnden der Rechtseffekt seiner Handlung zum Bewußtsein kommt.[7] Dagegen sind obrigkeitliche Verfügungen, insbesondere Urteile, keine Rechtsgeschäfte.[8]

2. Der Wille des Privaten bestimmt das Rechtsgeschäft. Damit ist nicht gemeint, daß Laune, Willkür, Eigensinn herrschen sollen. Dergleichen

---

den Ausdruck negotium § 8 I. de inut. stip. 3, 19. Doch bezeichnet derselbe im weiteren Sinne auch eine Tätigkeit faktischer Natur sowie Prozeßhandlungen, im engeren Sinne die Prozeßführung allein, vgl. oben § 43 Anm. 5. Auch die Worte der prätorischen Edikte „quod gestum erit" generalisieren in ähnlicher Art, wie dies durch den Ausdruck Rechtsgeschäft geschieht. l. 1 pr. D. quod metus causa 4. 2, l. 1 § 1 D. de minoribus 4, 4, l. 1 pr. D. quae fraudationis causa 42, 8. Über den Begriff des gestum siehe l. 1 §§ 2 ff. D. eod. 42, 8. Über die Entstehung des Wortes und des Begriffes Rechtsgeschäft vgl. Pernice in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 467 ff. Im vorigen Jahrhundert sprach man von actus juridici. Nicht unwahrscheinlich ist, daß actus legitimi in l. 77 D. de R. J. 50, 17 denselben Sinn hatte, vgl. Enneccerus S. 24 ff.

5) Am entschiedensten geschah dies durch Schloßmann, Vertrag 1876 S. 129 ff. Ihm gilt der Begriff des Rechtsgeschäftes als „wissenschaftlich wertlos", siehe auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 543. Dagegen hat die herrschende Systematik Verteidiger in Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 238 ff. und Pernice in Grünhuts Zeitschrift a. a. O. S. 465 ff. gefunden.

6) Manche suchen den Begriff des Rechtsgeschäftes aus der Bezeichnung zu deduzieren, vgl. Arndts § 63 Anm. 1. Aber das Wort „Rechtsgeschäft" ist farblos und unpräzis. Es ist auf innere Kriterien zurückzugehen.

7) Ob eine rechtlich geschützte „Erfindung" Rechtsgeschäft ist, darüber vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 287. Erwerb durch „Ersitzung" beruht nicht auf Willenserklärung, bildet also kein Rechtsgeschäft. Bloß tatsächliche Mitteilungen, z. B. der Ankunft einer zugesendeten Ware, bilden keine Rechtsgeschäfte, auch wenn sich rechtliche Folgen an sie knüpfen. Zitelmann, Rechtsgeschäfte, I. Teil S. 33: Vorstellungsmitteilungen.

8) Dagegen Brinz Bd. 4 § 522 Anm. 19.

spielt im Privatrecht nur ausnahmsweise eine Rolle, denn durchschnittlich wird der rechtsgeschäftliche Wille durch wirtschaftliche Bedürfnisse und die Lebensverhältnisse hervorgerufen, und auf Abwägung aller einschlagenden Momente, insbesondere des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sowie des Maßes der eigenen Leistungsfähigkeit gebaut; ein mächtiger Regulator ist das Interesse des Handelnden.[9]

Neuerdings wird der unmittelbare Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt von manchen Schriftstellern energisch in Abrede gestellt. Und unbedingt ist zuzugestehen, daß häufig die schließlichen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes andere sind, als der Handelnde erwartete. Ein Ausländer tritt eine Erbschaft in einem Lande des gemeinen Rechtes an in der Meinung, nur bis zum Belaufe der Erbschaftsmasse für die Erbschaftsschulden zu haften, wie dies nach seinem Landesrechte der Fall ist, er errichtet kein gehöriges Inventar und sieht sich schließlich wider Erwarten zur Zahlung der Nachlaßschulden aus eigenen Mitteln verbunden. Man verkauft ein Pferd, welches man für gesund hält, während es den verborgenen Keim einer schweren Krankheit in sich trägt, die nach dem Verkauf ausbricht; der Verkäufer haftet gemäß den ädilizischen Klagen. Auf seinen Willen kann dies nicht zurückgeführt werden, da der Gedanke eines Fehlers der Sache ganz außerhalb seiner Vorstellung lag. Hieraus hat man gefolgert, daß nur die *Abgabe* der Willenserklärung von dem Entschlusse des Erklärenden abhängig sei; dagegen träten die *Folgen* der Erklärung unabwendbar vi legis ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Erklärende wollte oder nicht.[10]

9) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 77.

10) Lotmar, über causa 1875 S. 15, führte zuerst aus, „weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat *durch das Recht*, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig". Seitdem traten sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Ansicht knüpft die Folge des Rechtsgeschäfts an die Rechtsordnung und keineswegs an den Willen der Beteiligten. Diese setzen nach ihr nur durch ihre Erklärung die Rechtsordnung in Bewegung, sie geben ihr gleichsam mechanisch den Anstoß. Solche Gedanken vertritt namentlich Thon, Rechtsnorm S. 371. Im wesentlichen hat sich ihm Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 134 ff. in lebendiger und eindringlicher Ausführung angeschlossen. Früher hatte sich Kohler in denselben Jahrbüchern Bd. 16 S. 106 unseres Ermessens zutreffender dahin geäußert, „der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben treten ein nach Art eines Naturphänomens". Gegen Thon hat sich u. a. Pernice a. a. O. S. 474 erklärt; ferner Zitelmann, Irrtum S. 237, Bruns in den Pandektenfragmenten, kleine Schriften Bd. 2 S. 454, Enneccerus a. a. O. S. 76, R.G. Bd. 28 S. 18. Zu weit geht es, wenn Bruns mit der herrschenden Ansicht daran festhält, daß, „wer eine Mietsobligation will, implicite alle Folgen wolle, die das Recht mit derselben verbinde". Dies heißt das Recht im objektiven Sinne auf den Willen der Kontrahenten zurückführen und bildet, wie mehrfach von den Gegnern der herrschenden Ansicht hervorgehoben wird, nur eine Fiktion. Vermittelnd ist Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 87 ff., Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 73 ff., Manigk S. 79. Eine Übersicht gibt neuerdings Lotmar bei Brinz Bd. 4 § 524.

Eine richtige Beobachtung hat hier zu Schlüssen geführt, welche weit von der Wahrheit abführen.

Die Frage ist, welcher Rechtseffekt ist Produkt des Willens? Hierauf ist zu antworten: die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines *Rechtsverhältnisses*. Ich will Erbe werden und ich werde es; ich schließe einen Kaufvertrag und werde Käufer, Verkäufer. Der Rapport zwischen dem Willen und *diesem* Rechtseffekt ist ein offensichtlicher.[11] Welche Wirkung aber dann weiter das *einmal begründete Rechtsverhältnis* hat, darüber hat der Wille dessen, der es hervorrief, *nicht ausschließlich* zu bestimmen. Dies normiert vielmehr die Rechtsordnung, welche den Willen des Handelnden wohl bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt, aber ihn hierüber *nicht schlechthin* entscheiden läßt. Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergaben, nicht mit den Folgen, die man erträumte.

3. Rechtsverhältnisse kann man nicht willkürlich, nicht nach subjektiven Einfällen schaffen. Das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

Die größte Gebundenheit findet sich in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Familienrechtes. Für die Geschlechtsverbindung besteht nur die Rechtsform der Ehe, keine andere Rechtsform steht offen. Adoptieren kann man jemanden nur als Kind, nicht als Bruder.[12] — Freiere Bewegung gibt das Vermögensrecht. Doch kennt das römische Recht nur vier Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen, nämlich Servituten, Superfizies, Emphyteusis und Pfandrecht; erst das deutsche Recht hat den Kreis erweitert. Am meisten Spielraum hat die individuelle Bestimmung auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Nach gemeinem Rechte sind alle obligatorischen Verträge klagbar, die sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten. Daher sind obligatorische Geschäfte möglich, welche nicht unter die hergebrachten Geschäftstypen

---

11) Ein Rechtsgeschäft ist nur vorhanden, wenn sich die Parteien „*berechtigen*" oder „*rechtlich*" *binden* wollen. Eine Zusage unter dem Vorbehalt, daß man rechtlich nicht gebunden sein wolle, wäre kein *Rechtsgeschäft*. Unzutreffend ist daher die Ausführung von Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrb. Bd. 19 n. 5, daß die Beteiligten bei Abschluß ihrer Rechtsgeschäfte einen *wirtschaftlichen* und *gesellschaftlichen* Zweck verfolgten und daß die rechtliche Gestaltung ausschließlich vom Rechte emaniere. Richtig ist nur, daß die Parteien häufig *keine bestimmten*, nicht selten *irrige* Vorstellungen darüber haben, unter *welche* Rechtsform ihr Geschäft fällt, und daß ihnen diese Frage in der Regel keine entscheidende ist. Daher kann z. B. was sie Kauf nannten, rechtlich als Miete gelten und was Dienstmiete, als Gesellschaftsvertrag.

12) l. 7 C. de hered. inst. 6, 24.

spielt im Privatrecht nur ausnahmsweise eine Rolle, denn durchschnittlich wird der rechtsgeschäftliche Wille durch wirtschaftliche Bedürfnisse und die Lebensverhältnisse hervorgerufen, und auf Abwägung aller einschlagenden Momente, insbesondere des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sowie des Maßes der eigenen Leistungsfähigkeit gebaut; ein mächtiger Regulator ist das Interesse des Handelnden.[9]

Neuerdings wird der unmittelbare Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt von manchen Schriftstellern energisch in Abrede gestellt. Und unbedingt ist zuzugestehen, daß häufig die schließlichen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes andere sind, als der Handelnde erwartete. Ein Ausländer tritt eine Erbschaft in einem Lande des gemeinen Rechtes an in der Meinung, nur bis zum Belaufe der Erbschaftsmasse für die Erbschaftsschulden zu haften, wie dies nach seinem Landesrechte der Fall ist, er errichtet kein gehöriges Inventar und sieht sich schließlich wider Erwarten zur Zahlung der Nachlaßschulden aus eigenen Mitteln verbunden. Man verkauft ein Pferd, welches man für gesund hält, während es den verborgenen Keim einer schweren Krankheit in sich trägt, die nach dem Verkauf ausbricht; der Verkäufer haftet gemäß den ädilizischen Klagen. Auf seinen Willen kann dies nicht zurückgeführt werden, da der Gedanke eines Fehlers der Sache ganz außerhalb seiner Vorstellung lag. Hieraus hat man gefolgert, daß nur die *Abgabe* der Willenserklärung von dem Entschlusse des Erklärenden abhängig sei; dagegen träten die *Folgen* der Erklärung unabwendbar vi legis ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Erklärende wollte oder nicht.[10]

9) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 77.

10) Lotmar, über causa 1875 S. 15, führte zuerst aus, „weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat *durch das Recht*, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig". Seitdem traten sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Ansicht knüpft die Folge des Rechtsgeschäfts an die Rechtsordnung und keineswegs an den Willen der Beteiligten. Diese setzen nach ihr nur durch ihre Erklärung die Rechtsordnung in Bewegung, sie geben ihr gleichsam mechanisch den Anstoß. Solche Gedanken vertritt namentlich Thon, Rechtsnorm S. 371. Im wesentlichen hat sich ihm Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 134 ff. in lebendiger und eindringlicher Ausführung angeschlossen. Früher hatte sich Kohler in denselben Jahrbüchern Bd. 16 S. 106 unseres Ermessens zutreffender dahin geäußert, „der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben treten ein nach Art eines Naturphänomens". Gegen Thon hat sich u. a. Pernice a. a. O. S. 474 erklärt; ferner Zitelmann, Irrtum S. 237, Bruns in den Pandektenfragmenten, kleine Schriften Bd. 2 S. 454, Enneccerus a. a. O. S. 76, R.G. Bd. 28 S. 18. Zu weit geht es, wenn Bruns mit der herrschenden Ansicht daran festhält, daß, „wer eine Mietsobligation will, implicite alle Folgen wolle, die das Recht mit derselben verbinde". Dies heißt das Recht im objektiven Sinne auf den Willen der Kontrahenten zurückführen und bildet, wie mehrfach von den Gegnern der herrschenden Ansicht hervorgehoben wird, nur eine Fiktion. Vermittelnd ist Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 87 ff., Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 73 ff., Manigk S. 79. Eine Übersicht gibt neuerdings Lotmar bei Brinz Bd. 4 § 524.

Eine richtige Beobachtung hat hier zu Schlüssen geführt, welche weit von der Wahrheit abführen.

Die Frage ist, welcher Rechtseffekt ist Produkt des Willens? Hierauf ist zu antworten: die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines *Rechtsverhältnisses*. Ich will Erbe werden und ich werde es; ich schließe einen Kaufvertrag und werde Käufer, Verkäufer. Der Rapport zwischen dem Willen und *diesem* Rechtseffekt ist ein offensichtlicher.[11] Welche Wirkung aber dann weiter das *einmal begründete Rechtsverhältnis* hat, darüber hat der Wille dessen, der es hervorrief, *nicht ausschließlich* zu bestimmen. Dies normiert vielmehr die Rechtsordnung, welche den Willen des Handelnden wohl bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt, aber ihn hierüber *nicht schlechthin* entscheiden läßt. Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergaben, nicht mit den Folgen, die man erträumte.

3. Rechtsverhältnisse kann man nicht willkürlich, nicht nach subjektiven Einfällen schaffen. Das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

Die größte Gebundenheit findet sich in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Familienrechtes. Für die Geschlechtsverbindung besteht nur die Rechtsform der Ehe, keine andere Rechtsform steht offen. Adoptieren kann man jemanden nur als Kind, nicht als Bruder.[12] — Freiere Bewegung gibt das Vermögensrecht. Doch kennt das römische Recht nur vier Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen, nämlich Servituten, Superfizies, Emphyteusis und Pfandrecht; erst das deutsche Recht hat den Kreis erweitert. Am meisten Spielraum hat die individuelle Bestimmung auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Nach gemeinem Rechte sind alle obligatorischen Verträge klagbar, die sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten. Daher sind obligatorische Geschäfte möglich, welche nicht unter die hergebrachten Geschäftstypen

---

11) Ein Rechtsgeschäft ist nur vorhanden, wenn sich die Parteien „*berechtigen*“ oder „*rechtlich binden*“ wollen. Eine Zusage unter dem Vorbehalt, daß man rechtlich nicht gebunden sein wolle, wäre kein *Rechtsgeschäft*. Unzutreffend ist daher die Ausführung von Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrb. Bd. 19 n. 5, daß die Beteiligten bei Abschluß ihrer Rechtsgeschäfte einen *wirtschaftlichen* und *gesellschaftlichen* Zweck verfolgten und daß die rechtliche Gestaltung ausschließlich vom Rechte emaniere. Richtig ist nur, daß die Parteien häufig *keine bestimmten*, nicht selten *irrige* Vorstellungen darüber haben, unter *welche* Rechtsform ihr Geschäft fällt, und daß ihnen diese Frage in der Regel keine entscheidende ist. Daher kann z. B. was sie Kauf nannten, rechtlich als Miete gelten und was Dienstmiete, als Gesellschaftsvertrag.

12) l. 7 C. de hered. inst. 6, 24.

anderen Teiles. Es kommt nichts darauf an, ob die Initiative von dem ausgeht, welcher die Rechtsveränderung begehrt, oder von dem, welcher sie bewilligt.

Ein besonders wichtiger Vertrag ist der obligatorische, d. h. auf die Begründung einer Obligation gerichtete. Aber Verträge begründen auch dingliche Rechte — dingliche Verträge. Auf Verträgen beruhen auch familienrechtliche Geschäfte, insbesondere die Ehe und die Kindesannahme.[6]

Die Verträge sind teils einseitige, teils zweiseitige. Bei den einseitigen belastet sich nur der eine Paziszent, bei den zweiseitigen Verträgen belasten sich beide Paziszenten. Ein einseitiger Vertrag ist die Schenkung, zweiseitige Verträge sind Kauf und Miete.

Die Schenkung ist ein zweiseitiges Geschäft; denn sie fordert Angebot seitens des Schenkers und Annahme seitens des Beschenkten. Aber sie ist ein einseitiger Vertrag, denn sie verbindet nur den Schenker, nicht den Beschenkten.

3. Geschäfte, welche eine Vermögenszuwendung enthalten, sind für denjenigen, welchem sie geschieht, onerose — lästige — oder lukrative — freigebige. — Onerös sind sie, wenn er die Zuwendung durch eine Gegenleistung zu erkaufen hat, lukrativ, wenn er sie unentgeltlich erhält.[7] Wir bezeichnen die onerosen Geschäfte, in denen sich der menschliche Verkehr bewegt, als Verkehrsgeschäfte.

---

5) Schloßmann, Vertrag, erklärt den Vertragsbegriff für völlig hohl und für die Jurisprudenz wertlos. Doch nimmt er an, daß der Bruch des Versprechens, welches der eine Teil leistete und auf das sich der andere verließ, eine Verletzung sei, die zur Entschädigung verpflichte. Damit langt er schließlich bei der Verbindungskraft des Vertrages wieder an, die er zunächst so entschieden verwirft, freilich in eigenartiger und mit dem gegebenen Rechte nicht übereinstimmender Denkform.

6) Manche behaupten, das Wesen des Vertrages liege in dem Versprechen einer Leistung, der Vertrag könne daher nur eine Verpflichtung, das Versprechen zu halten, also eine Obligation begründen. So namentlich Vangerow Bd. 1 § 350 Anm. 1, Pfizer in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 337. Die bei weitem meisten neueren Juristen fassen aber den Vertrag viel weiter. Das ist freilich Vangerow zuzugestehen, daß die Römer den Begriff des Vertrages nicht in der abstrakten Weise durchdachten, wie dies in den neueren Systemen zu geschehen pflegt. Das B.G.B. vermeidet, den dinglichen Vertrag als Vertrag zu bezeichnen, es sagt anstatt dessen „Einigung". Bürg. R. Bd. 1 § 108.

7) In den römischen Quellen wird nur erörtert, ob man ex causa lucrativa oder non ex causa lucrativa erwirbt, l. 17, l. 19 D. de obl. et act. 44, 7, l. 83 § 6 D. de verb. obl. 45, 1, l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

II. Bestandteile des Rechtsgeschäftes.

§ 93. Die Essentialien des Geschäftes.

1. Hinsichtlich des Inhalts der Geschäfte pflegt man zu unterscheiden:

a) Essentialia negotii sind die dem Geschäfte wesentlichen Bestandteile. Sie geben demselben seine Eigenart. Für das Kaufgeschäft ist z. B. essentiell die Einigung des Käufers und Verkäufers über Sache und Preis.

b) Naturalia sind Eigenschaften und Wirkungen eines Geschäftes, welche ihm in der Regel zukommen, die ihm aber nicht wesentlich sind, so daß sie von den Parteien ausgeschlossen werden können. Beispielsweise ist es ein Naturale des Kaufgeschäftes, daß der Verkäufer dem Käufer wegen verborgener Mängel der Kaufsache haftet. Durch Vereinbarung kann diese Haftung ausgeschlossen werden.

c) Accidentalia sind Bestimmungen, welche dem Geschäfte begrifflich nicht wesentlich sind, die auch nicht aus dessen Natur folgen, die ihm vielmehr im Einzelfalle besonders zugefügt sind. Beispiele bildet die Zufügung einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, wonach der Kauf für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises rückgängig werden soll, sowie die Verabredung einer antichresis beim Pfandgeschäfte, wonach der Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes statt der Zinsen gewinnen kann.

2. Soll ein Geschäft zu stande kommen, so ist schlechthin erforderlich die Regelung aller dem beabsichtigten Geschäfte seiner Art nach wesentlichen Punkte.

Es muß außerdem zu einer Erledigung aller derjenigen Punkte kommen, welche die Handelnden zur condicio sine qua non des Abschlusses machen. Bei Verträgen muß sich also die Einigung auf alle diese Punkte erstrecken. Solange dies nicht der Fall ist, ist ein Geschäft nicht zu stande gekommen, wenn auch die Kontrahenten über die der Geschäftsart begrifflich wesentlichen Punkte zu einem Einverständnisse kamen. Verlangt also der eine Teil die Ausschließung gewisser naturalia negotii, z. B. die Befreiung von der Haftung für verborgene Mängel, oder die Zufügung gewisser accidentalia negotii, z. B. einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, und ist der andere Teil hierauf nicht eingegangen, so ist das Geschäft nicht perfekt.[1]

1) Vgl. auch B.G.B. § 154 Abs. 1 S. 1: So lange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen.

Hiernach gibt es zwei Klassen von Essentialien, nämlich diejenigen der Geschäftsart und diejenigen des besonderen Willens der Handelnden.

Die Regelung der begrifflich wesentlichen Essentialien ist nach der Rechtsnorm erforderlich; die befriedigende Erledigung der anderen Punkte ist nach dem Entschluß der Beteiligten zum Zustandekommen des Geschäftes nötig.

§ 94. Beweggründe.[1]

Der Abschluß der Rechtsgeschäfte wird durch mancherlei Meinungen und Erwartungen der Beteiligten geleitet.

Die Verwirklichung dieser Vorstellungen kann einen Geschäftsbestandteil bilden. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. Ich schließe z. B. einen Gesellschaftsvertrag mit dem N., weil ich ihn für einen guten Geschäftsmann halte; die Gesellschaft ist bindend abgeschlossen, auch wenn er kaum mäßigen Anforderungen genügt. Ich nehme ein Darlehn auf in dem Glauben, eine vorzügliche Spekulation damit machen zu können; das Darlehengeschäft ist gültig, auch wenn sich die Spekulation nicht verwirklichen läßt.

Vorgedanken, welche den Abschluß veranlassen, deren Verwirklichung aber für das Geschäft nicht essentiell ist, nennt man Bewegungsgründe oder Motive.[2]

Das Kriterium ist also ein negatives. Über das Motiv hinaus geht alles, was entweder dem Geschäfte seinem Begriffe nach essentiell ist, oder was durch den Willen der Beteiligten zum Essentiale erhoben ist.

Hierfür ist eine ausdrückliche Hervorhebung keineswegs immer erfordert. Als essentiell für die Beteiligten ist vielmehr auch das zu erachten, was nach der Verkehrsanschauung im regelmäßigen Verlaufe der Dinge bei Geschäften solcher Art als essentiell gilt. Es ist z. B. Regel des Verkehres, daß eine Kreditzusage nur in der Meinung geschieht, daß der Kreditnehmer zahlungsfähig ist, und in der Erwartung, daß er zahlungsfähig bleibt. Hierin liegt daher im Zweifel eine stillschweigende Geschäftsbedingung, nicht bloßes Motiv. Wer insolvent wird, kann die Verwirklichung einer Kreditzusage nicht beanspruchen.[3]

1) Leonhard, Irrtum S. 252 ff., Klingmüller, der Begriff des Rechtsgrundes, 1901, Bürg. R. Bd. 1 § 110.

2) Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium l. 52 D. de cond. indebiti 12, 6 unterscheidet folgendermaßen: damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur quo non sequente repetitio competit.

Was bloß Motiv ist, ändert seinen Charakter dadurch nicht, daß es dem anderen Teile kundgetan ist. Kauft man z. B. Möbel zur Ausstattung seiner Tochter, so wird der Kauf nicht hinfällig, wenn die Hochzeit nicht zu stande kommt, auch wenn der Verkäufer den Zweck des Ankaufes kannte, und wenn ihn der Käufer selbst beim Geschäftsschluß genannt hat. Die Verheiratung der Tochter könnte ausdrücklich zur Bedingung des Geschäftes gemacht sein; von selbst versteht sich eine derartige Bedingung nicht. Denn den Verkäufer geht es nach der Verkehrsanschauung nichts an, was der Käufer mit der Kaufsache beginnen will.

Die Motive sind zwar ohne *selbständige* Bedeutung für die Rechtsgeschäfte, welche sie veranlaßten; kundgegebene Motive sind jedoch unter Umständen *für die Interpretation* des Geschäftes wichtig, welches sie herbeiführten.

§ 95. Die Zwecke der Vermögenszuwendungen.[1]

1. Zuwendungen aus unserem Vermögen können sich in verschiedener Rechtsform vollziehen; unter anderem geschehen sie durch Veräußerung von Sachen oder von Rechten, durch Verzicht auf Ansprüche, durch Übernahme von Verpflichtungen.

2. Vermögenszuwendungen sind nicht Selbstzweck. Sie bilden vielmehr bloß die Mittel zur Erreichung von Zwecken, welche ihren Grund — ihre causa[2] — ausmachen. Dieser Grund kann Erlangung eines *Gegenvorteiles* oder Erweisung einer *Freigebigkeit* sein. Der Gegenvorteil kann namentlich darin liegen, daß der Zuwendende eine Forderung gegen den Mitkontrahenten erwirbt — credendi causa — z. B. bei Hingabe einer Darlehnssumme; ferner darin, daß er seine Schulden tilgt — solvendi causa.[3] Der Grund kann auch in einem Vorteil

---

3) R.O.H.G. Bd. 23 S. 137.

1) Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen 1840 S. 124, Gneist, die formellen Verträge des neueren Obligationenrechtes 1845 S. 124, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 3, Bekker Bd. 2 S. 145, Klingmüller, an dem in § 94 Anm. 1 genannten Orte.

2) Die verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort causa hat, stellt zusammen Voigt über die condictiones ob causam 1862 S. 1 ff., Klingmüller a. a. O. § 4. Die Neueren verwenden den Ausdruck vorzugsweise zur Bezeichnung des bestimmenden Zweckes der Vermögenszuwendungen. Hierin folgen wir ihnen.

3) Die causae solvendi, credendi, donandi sind bei weitem die häufigsten. Sie werden daher von den Römern mehrfach nebeneinander aufgeführt. So in der l. 65 § 4 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 Maecianus libro 5 fideicommissorum . . . si jussu meo tradantur, cui ego ex fideicommisso aliave qua causa eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim. l. 49 D. de solut. 46, 3. Jene drei causae sind aber nicht die einzigen. Beispielsweise ist die Zahlung einer Summe, welche vom Erben geschieht, um eine ihm aufgelegte Bedingung der

bestehen, den man für Dritte erstrebt, mit deren Interessen man sich indentifiziert. Die Eweisung einer Liberalität beruht auf der Schenkungsabsicht, vermöge deren man den Beschenkten auf seine Kosten bereichern will, — sie geschieht donandi causa. Eine Vermögenszuwendung ohne Zweck der einen oder anderen Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln. Das Setzen von Zwecken bei solchen Zuwendungen ist also nichts Zufälliges, sondern im Wesen der Dinge begründet. Es ist eine psychologische Notwendigkeit. Das Ziel, welches das Geschäft nach der Vorstellung des Geschäftsschließenden erreichen soll, bildet dessen Zweck, causa im subjektiven Sinne. Von objektiver causa spricht man, wenn sich dieser Zweck verwirklicht.

3. Da die Vermögenszuwendung nur Mittel zur Erreichung des vorgesteckten Zweckes ist, so erscheint es als das Natürliche, daß sie nur im Falle der Verwirklichung dieses Zweckes eintritt. Dennoch wird nicht selten diese natürliche Abhängigkeit unterbrochen. Es geschieht dies aus Gründen der Nützlichkeit und insbesondere der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehres.

Hieraus ergibt sich eine für das gesamte System des Vermögensrechtes wichtige Unterscheidung. Die eine Klasse der Geschäfte bilden die kausalen oder materiellen, die andere Klasse die abstrakten oder formalen.

a) Bei kausalen Geschäften gehört die Verwirklichung des bestimmenden Zweckes zum Wesen und Bestande des Geschäfts.

Ein Beispiel bildet das Darlehen. Eine Darlehensverpflichtung entsteht nicht durch ein bloßes Schuldversprechen, noch auch etwa durch die Aushändigung eines Darlehnsschuldscheines, vielmehr ist wesentlich die Übereignung der Darlehensvaluta, um derentwillen das Versprechen abgegeben ist.

b) Die abstrakten Geschäfte werden rechtsbeständig, auch ohne daß sich die causa, welche zu ihrer Eingehung führte, verwirklicht.[4]

Es gibt zwei Arten solcher Geschäfte, nämlich die notwendig und die willkürlich abstrakten.

Notwendig abstrakt sind die Geschäfte, welche auch nicht durch Vereinbarung der Beteiligten von der Verwirklichung ihrer causa abhängig gemacht werden können. Hierher gehört im heutigen Rechte der Wechsel, d. h. das Versprechen einer Geldsumme in Wechselform.

Erbeseinsetzung zu erfüllen — condicionis implendae causa datum — weder Zahlung einer Schuld, noch Obligationsbegründung, noch Schenkung. Vgl. Bekker a. a. O. S. 148.

4) Bei abstrakten Geschäften kann die causa der Zuwendung zunächst offen bleiben. Man übereignet z. B. Werte, es der Zukunft überlassend, ob das Übermachte zur Tilgung von Verbindlichkeiten oder als Vorschuß dienen wird.

Der Wechsel kann die causa, die ihn hervorrief, nicht aufnehmen; er wäre z. B. nicht gültig, wenn die Bedingung zugefügt würde, daß die Ware, derentwegen er ausgestellt wird, richtig und fehlerfrei geliefert werde. Notwendig abstrakt waren im alten Rom auch die Übereignungsgeschäfte der mancipatio und der in jure cessio.[5]

Abstrakt kann die Übereignung durch Tradition sein, sie ist aber nicht notwendig abstrakt. Nicht anders stand es in Rom mit der Stipulation. Sie konnte abstrakt auf ein Summenversprechen lauten, z. B. centum dare spondes? Aber nichts stand im Wege, die Verpflichtung des Stipulationsschuldners im Wege einer zugefügten Bedingung von einer Gegenleistung abhängig zu machen.[6]

Bei abstrakten Geschäften ist die natürliche Verkettung mit ihrem Grunde unterbrochen, aber keineswegs völlig aufgehoben. Ergibt sich hinterher, daß die causa objektiven Bestand nicht hat oder nicht gewinnt, so zeigt sich eben damit, daß der eine Teil einen Vermögensverlust ohne rechten Grund — sine justa causa — erlitten, der andere Teil einen Vermögenserwerb ohne rechten Grund gemacht hat. Dieses unbillige Resultat wird wieder beseitigt, und zwar geschieht die Beseitigung vorzugsweise durch das Rechtsmittel der condictio.[7]

4. Die causa darf nicht identifiziert werden mit einem bloßen Bewegungsgrunde. Es handelt sich bei der causa nicht um etwas dem Geschäfte Fremdes, wie beim bloßen Bewegungsgrund, sondern um ein wesentliches Element des Geschäftes, welches sich, wenn auch zunächst zurückgedrängt, doch als dessen Bestandteil geltend macht.

III. Willenserklärung.

§ 96. Bedeutung der Willenserklärung.

In der Seele des Handelnden bildet sich die Idee des Rechtsgeschäftes. Sie findet Verwirklichung durch entsprechende Erklärungen. Ehe sie geäußert ist, ist sie beliebig wandelbar und ohne rechtliche Bedeutung.

---

5) Vgl. über diese Geschäfte § 97 Anm. 3 und Anm. 4. Nach B.G.B. ist u. a. notwendig abstrakt die Auflassung d. h. die freiwillige Veräußerung eines Grundstücks, B.G.B. § 925.

6) Vgl. unten § 213. Gleiches gilt von kaufmännischen Verpflichtungsscheinen H.G.B. § 363, R.G. Bd. 12 S. 92.

7) Wenn z. B. A. glaubt, dem B. ein bestimmtes Pferd zu schulden und ihm dies übereignet, so wird B. Eigentümer, auch wenn die Schuld nicht bestand. Aber B. ist in diesem Falle ohne Grund bereichert; deswegen kann A. ihm gegenüber eine condictio indebiti auf Herausgabe seiner Bereicherung anstellen, dagegen kann der A. von einem etwaigen dritten Besitzer des Pferdes, dem C., welcher dasselbe von B. erwarb, nichts fordern, also auch nicht Herausgabe des Pferdes, denn die Übereignung des Pferdes an den B. und von diesem an C. ist unanfechtbar.

Die Erklärung muß eine bewußte und beabsichtigte sein. Erklärung auch lange gehegter Absichten im Fieberdelirium oder bei sinnloser Trunkenheit ist keine. Hiernach unterscheidet man den *Geschäftswillen*, d. h. den Willen, das Geschäftsbild, welches wir uns im Geiste machten, zu verwirklichen, und den *Erklärungswillen*, vermöge dessen jener Wille seine Äußerung findet und damit sein Ziel erreicht.

Häufig muß sich die Erklärung, um gültig zu sein, an eine bestimmte Person richten und an sie gelangt sein. So ist es bei zweiseitigen Geschäften,[1] aber auch bei manchen einseitigen — einseitigen *empfangsbedürftigen* Geschäften — z. B. bei Kündigungen, bei Vollmachten. Bei anderen einseitigen Geschäften dagegen geht die Erklärung in das Allgemeine z. B. bei der Okkupation herrenloser Sachen, Antreten einer Erbschaft. Es müssen dann aber Mittel gewählt werden, durch welche die Erklärung denen erkennbar werden kann, welche bei ihr interessiert sind.[2]

§ 97. Formelle und formlose Geschäfte.

1. Die Rechtsgeschäfte sind entweder *formelle* oder *formlose*.[1] Sie sind *formell*, wenn sie an eine *bestimmte Weise der Erklärung* — Form — gebunden sind,[2] und *formlos*, wenn sie *in beliebiger Weise* erklärt werden können.

Die Formen sind bald Erzeugnisse eines naturwüchsigen Formensinnes, wie er sich namentlich in der Kindheit der Völker geltend macht, bald Ergebnisse bewußter Reflexion, beruhend auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit.

In älteren Zeiten haben die Formen oft eine dramatische Natur; so namentlich die altrömischen Übereignungsformen der mancipatio und

1) l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1 ... exaudire invicem debent. Es ist freilich ein bestrittener Punkt, ob nicht die bloße *Äußerung* einer zustimmenden Erklärung genügt, auch ohne daß sie an den anderen Teil *gelangt*. Hierüber das Nähere im Obligationenrechte unten Bd. 2 § 11.

2) Vgl. oben § 92 Anm. 3. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 125 bemerkt bezüglich der Erbantretung: „Der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt; wer vor seinem Kammerdiener die Erbschaft antritt, hat schwerlich mit Rechtswirksamkeit angetreten." Wäre freilich dem Kammerdiener vom Erblasser ein Legat vermacht und das Legat ausgezahlt, so wäre der Erbschaftsantritt nicht zu bezweifeln. Denn dieser Akt hat den geschäftlichen Charakter, welchen Kohler mit Recht fordert.

1) Vgl. vorzugsweise Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 §§ 45 ff.; siehe ferner Savigny Bd. 3 § 30, v. Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte 1857.

2) Der Ausdruck formelles Geschäft oder Formalgeschäft wird auch verwertet zur Bezeichnung des abstrakten Geschäftes, weil auch hier eine künstliche Formierung eintritt, vgl. oben § 95. Häufig ist übrigens das der Erklärung nach formelle Geschäft auch zugleich ein abstraktes, von seiner causa losgelöstes.

in jure cessio. Die mancipatio — die Übereignungsform für res mancipii — hatte die Gestalt eines Kaufes. Es mußten der Wagehalter mit Wage und Erz, und, wenn es sich um eine Mobilie handelte, die Sache selbst, ferner mindestens 5 Zeugen sowie der Veräußerer und Erwerber gegenwärtig sein, und es wurde dann durch Riten und Reden ein Kauf vorgestellt.[3] Die in jure cessio, Übereignungsform für res mancipii- und nec mancipii, hatte die Gestalt eines Prozesses. Erforderlich war das Erscheinen des Erwerbers, welcher den Kläger vorstellte, sowie des Veräußerers, der als Beklagter auftrat, beim Magistrat, ferner die Scheinvindikation des Erwerbers, Schweigen oder Zustimmung des Veräußerers und endlich der Zuschlag durch den Magistrat.[4]

In späteren Epochen des Rechtes nehmen die Formen ein rein geschäftsmäßiges Wesen an. Derartige Formen sind Erklärung vor Zeugen,[5] z. B. beim römischen Privattestamente, — oder vor Gericht, z. B. bei der römischen Adoption, — oder vor Notar oder bei anderen Beamten, z. B. nach Reichsrecht beim Standesbeamten im Falle einer Eheschließung. Die einfachste Form ist die Schrift. Sie ist bei vielen Geschäften wesentlich, insbesondere beim Wechsel, bei Inhaberpapieren.

Die Vorzüge solcher Geschäftsformen sind mannigfache. Sie bringen den Ernst des Geschäftes zum Bewußtsein, konzentrieren die Verhandlung und bezeichnen den Abschluß scharf gegenüber bloßen Vorverhandlungen. Sie sichern auch häufig den Beweis.

Aber Formen sind mehr oder weniger unbequem, oft zeitraubend und kostspielig, sie bringen die Gefahr mit sich, daß ernstgemeinte Willensäußerungen wegen Vergreifens in der Form kraftlos werden; Formen erstarren leicht, veralten, werden unvolkstümlich. Dann tritt ein Gegensatz ein zwischen der Rechtsnorm, welche Beobachtung der Form erfordert, und dem Verkehr, welcher sich ohne sie zu behelfen sucht. Im römischen Rechte, welches sich ursprünglich in Formalgeschäften bewegte, führte dies im Laufe der Zeit zu entschiedener Begünstigung der Formlosigkeit.

3) Gaj. Inst. I § 119.

4) Gaj. Inst. II § 24.

5) Wenn die Zuziehung von Zeugen eine gesetzliche Notwendigkeit ist, kann man sie Solennitätszeugen nennen. Jedoch versteht man meist unter Solennitätszeugen nur diejenigen, für welche besondere Qualifikation erfordert wird, z. B. männliches Geschlecht, wie bei den römischen Privattestamenten, Volljährigkeit, wie bei der Eheschließung vor den Standesbeamten nach dem Reichsgesetze vom 6. Febr. 1875. An dem römischen Privattestamente mußten die Zeugen freiwillig teilnehmen, l. 20 § 10 D. qui test. facere 28, 1. Dies ist unseres Erachtens historisch zu erklären. Nur freiwillige Zeugen unterlagen in der alten Zeit dem Zeugniszwange bei Strafe der Intestabilität, vgl. oben § 58. Nur ein Testament vor freiwilligen Zeugen war daher ein vollkommenes. Es liegt kein Grund vor, ein erzwungenes Zeugnis in anderen Fällen für nichtig zu erklären. Anders Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 293 ff.

2. Weiter noch ist hierin das gemeine Recht gegangen. Der Grundsatz der bindenden Kraft formloser Verträge hat sich hier zur Geltung gebracht,[6] nicht bloß im Obligationenrechte, sondern auch darüber hinaus.[7]

Formen sind also nur erforderlich, soweit sie das Gesetz oder die Beteiligten besonders ausbedingen:[8]

a) Gesetzlich sind an Formen namentlich Akte des Familienrechtes gebunden. Formlos ist zwar das Verlöbnis, aber die Eheschließung, die Kindesannahme müssen formell erklärt werden.

Auch Testamente und andere einseitige letztwillige Verfügungen sind in bestimmten Formen zu errichten. Schenkungen ferner über 500 solidi fordern nach römischem und gemeinem Rechte gerichtliche Insinuation.

Die Einhaltung gesetzlich vorgeschriebener Form kann Bedingung der Gültigkeit eines Geschäfts sein. Die Formvorschrift kann aber auch bloß instruktioneller Natur sein. Zuweilen knüpft sich an die Vernachlässigung der Form zwar nicht Nichtigkeit, aber ein sonstiger Nachteil, zuweilen werden besondere Rechtsvorteile bei Einhaltung einer Form in Aussicht gestellt. Welche dieser Folgen eintritt, bestimmt sich nach Wort und Sinn der Gesetzesvorschrift.[9]

b) Nicht selten vereinbaren die Beteiligten, daß dem Geschäft eine bestimmte Form zu geben sei; die Folgen der Unterlassung ergeben sich dann aus der Vereinbarung.

§ 98. Erklärung bei formlosen Geschäften.

Bei formlosen Geschäften genügt zur Erklärung jedes Mittel, wodurch der Wille erkennbar wird.

Dahin gehören schriftliche oder mündliche Worte, ferner Zeichensprache, z. B. bei einem Stummen,[1] endlich Handlungen.[2] Auch ungenaue

6) So auch B.G.B. Doch sind die Ausnahmen zahlreicher, als nach gemeinem Recht. Bürg. R. Bd. 1 §§ 135 ff.

7) Selbst formlose Erbverträge waren gemeinrechtlich rechtsbeständig, anders B.G.B. § 2276.

8) Über die Form der Schrifturkunde vgl. Bruns, die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden 1876, Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880. Nach heutigem Rechte fordert eine Schrifturkunde zu ihrer Vollendung die Unterschrift des Ausstellers; so namentlich B.G.B. § 126. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich, C.P.O. § 440 Abs. 2.

9) B.G.B. § 125 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

1) l. 52 § 10 D. de obl. 44, 7, l. 17 D. de nov. et del. 46, 2, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

Erklärungen genügen, wenn die Meinung der Beteiligten aus ihnen erkennbar ist.[3]

Die Erklärung kann eine spezielle, das fragliche Geschäft besonders bezeichnende sein, oder in allgemeiner Weise dem Willen Ausdruck geben.[4] Eine spezielle Erklärung nennt man oft eine ausdrückliche.[5]

Die Erklärung kann eine indirekte — mittelbare — sein oder auch in bloßem Schweigen bestehen.

1. Die indirekte Erklärung eines Geschäftes besteht in Handlungen, welche zunächst andere selbständige Zwecke haben, aber auf jenes Geschäft als ihren Grund zurückweisen. Derartige Handlungen nennt man schlüssige — facta concludentia.[6]

Der Schluß kann ein logisch zwingender sein. Wer z. B. ohne Irrtum die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit mittelbar, aber notwendig in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr.[7]

Aber schlechthin erforderlich ist nicht, daß der Schluß logisch zwingend ist, vielmehr reicht aus, daß er empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht.[8] Beispielsweise liegt in der Rückgabe

---

2) Man nimmt z. B. eine zu festen Preisen ausgebotene Sache gegen Zahlung des Preises an sich, ohne Worte zu wechseln.

3) Falsche Benennung einer Person schadet nichts, l. 4 C. de testamentis 6, 23 Imp. Gordianus. Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati. l. 8 § 2 D. de bon. poss. s. t. 37, 11. Das Gleiche gilt von falscher Benennung der Objekte. Über die l. 4 pr. D. de leg. I ist im Erbrecht zu handeln. Ist statt des Namens eines Vertragschließenden ein Abstraktum gewählt, z. B. „das Rittergut", so verbindet der Vertrag.

4) Römische Ausdrücke für die besondere Erklärung sind specialiter, nominatim. Diese Ausdrücke sollen aber nicht selten hervorheben, daß ein bezüglicher Wille nicht durch der Rechtsregel anzunehmen, sondern besonders zu erklären ist, sei dies nun in mehr oder minder präzisen Worten, l. 30 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 2, l. 8 pr. C. de novat. 8, 41.

5) Was unter „ausdrücklicher" Erklärung zu verstehen sei, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander. Savigny Bd. 3 S. 242 versteht hierunter unmittelbare Erklärungen im Gegensatze zu indirekten Erklärungen, Zitelmann, Irrtum S. 266, die nach den Verkehrsbegriffen üblichen Erklärungsmittel; Leonhard, Irrtum S. 197, erachtet für entscheidend, ob der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert wurde. Eine eigalbedeutung hatte das Wort „ausdrücklich" selbstverständlich im gemeinen Rechte nicht. Jeder Schriftsteller war daher befugt, ihm einen bestimmten Sinn für seinen Gebrauch aufzuprägen. Gemeingültigkeit hatte aber seine Auffassung nicht. Wie der Ausdruck in neueren Gesetzen zu interpretieren ist, muß aus dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes und dem Zusammenhange entnommen werden. Über das B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 131.

6) Stößel, die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859. Ehrlich, stillschweigende Willenserklärung, mit reicher Kasuistik 1893.

7) l. 57 pr. D. de pactis 2, 14.

8) So auch Regelsberger Bd. 1 S. 504. Andere Auffassungen hat Burckhard,

2. Weiter noch ist hierin das gemeine Recht gegangen. Der Grundsatz der bindenden Kraft formloser Verträge hat sich hier zur Geltung gebracht,[6] nicht bloß im Obligationenrechte, sondern auch darüber hinaus.[7]

Formen sind also nur erforderlich, soweit sie das Gesetz oder die Beteiligten besonders ausbedingen:[8]

a) Gesetzlich sind an Formen namentlich Akte des Familienrechtes gebunden. Formlos ist zwar das Verlöbnis, aber die Eheschließung, die Kindesannahme müssen formell erklärt werden.

Auch Testamente und andere einseitige letztwillige Verfügungen sind in bestimmten Formen zu errichten. Schenkungen ferner über 500 solidi fordern nach römischem und gemeinem Rechte gerichtliche Insinuation.

Die Einhaltung gesetzlich vorgeschriebener Form kann Bedingung der Gültigkeit eines Geschäfts sein. Die Formvorschrift kann aber auch bloß instruktioneller Natur sein. Zuweilen knüpft sich an die Vernachlässigung der Form zwar nicht Nichtigkeit, aber ein sonstiger Nachteil, zuweilen werden besondere Rechtsvorteile bei Einhaltung einer Form in Aussicht gestellt. Welche dieser Folgen eintritt, bestimmt sich nach Wort und Sinn der Gesetzesvorschrift.[9]

b) Nicht selten vereinbaren die Beteiligten, daß dem Geschäft eine bestimmte Form zu geben sei; die Folgen der Unterlassung ergeben sich dann aus der Vereinbarung.

§ 98. Erklärung bei formlosen Geschäften.

Bei formlosen Geschäften genügt zur Erklärung jedes Mittel, wodurch der Wille erkennbar wird.

Dahin gehören schriftliche oder mündliche Worte, ferner Zeichensprache, z. B. bei einem Stummen,[1] endlich Handlungen.[2] Auch ungenaue

6) So auch B.G.B. Doch sind die Ausnahmen zahlreicher, als nach gemeinem Recht. Bürg. R. Bd. 1 §§ 135 ff.

7) Selbst formlose Erbverträge waren gemeinrechtlich rechtsbeständig, anders B.G.B. § 2276.

8) Über die Form der Schrifturkunde vgl. Bruns, die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden 1876, Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880. Nach heutigem Rechte fordert eine Schrifturkunde zu ihrer Vollendung die Unterschrift des Ausstellers; so namentlich B.G.B. § 126. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich, C.P.O. § 440 Abs. 2.

9) B.G.B. § 125 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

1) l. 52 § 10 D. de obl. 44, 7, l. 17 D. de nov. et del. 46, 2, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

Erklärungen genügen, wenn die Meinung der Beteiligten aus ihnen erkennbar ist.[3]

Die Erklärung kann eine spezielle, das fragliche Geschäft besonders bezeichnende sein, oder in allgemeiner Weise dem Willen Ausdruck geben.[4] Eine spezielle Erklärung nennt man oft eine ausdrückliche.[5]

Die Erklärung kann eine indirekte — mittelbare — sein oder auch in bloßem Schweigen bestehen.

1. Die indirekte Erklärung eines Geschäftes besteht in Handlungen, welche zunächst andere selbständige Zwecke haben, aber auf jenes Geschäft als ihren Grund zurückweisen. Derartige Handlungen nennt man schlüssige — facta concludentia.[6]

Der Schluß kann ein logisch zwingender sein. Wer z. B. ohne Irrtum die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit mittelbar, aber notwendig in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr.[7]

Aber schlechthin erforderlich ist nicht, daß der Schluß logisch zwingend ist, vielmehr reicht aus, daß er empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht.[8] Beispielsweise liegt in der Rückgabe

---

2) Man nimmt z. B. eine zu festen Preisen ausgebotene Sache gegen Zahlung des Preises an sich, ohne Worte zu wechseln.

3) Falsche Benennung einer Person schadet nichts, l. 4 C. de testamentis 6, 23 Imp. Gordianus. Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati. l. 8 § 2 D. de bon. poss. s. t. 37, 11. Das Gleiche gilt von falscher Benennung der Objekte. Über die l. 4 pr. D. de leg. I ist im Erbrecht zu handeln. Ist statt des Namens eines Vertragschließenden ein Abstraktum gewählt, z. B. „das Rittergut", so verbindet der Vertrag.

4) Römische Ausdrücke für die besondere Erklärung sind specialiter, nominatim. Diese Ausdrücke sollen aber nicht selten hervorheben, daß ein bezüglicher Wille nicht nach der Rechtsregel anzunehmen, sondern besonders zu erklären ist, sei dies nun in mehr oder minder präzisen Worten, l. 30 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 2, l. 8 pr. C. de novat. 8, 41.

5) Was unter „ausdrücklicher" Erklärung zu verstehen sei, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander. Savigny Bd. 3 S. 242 versteht hierunter unmittelbare Erklärungen im Gegensatze zu indirekten Erklärungen, Zitelmann, Irrtum S. 266, die nach den Verkehrsbegriffen üblichen Erklärungsmittel; Leonhard, Irrtum S. 197, erachtet für entscheidend, ob der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert wurde. Eine Legalbedeutung hatte das Wort „ausdrücklich" selbstverständlich im gemeinen Rechte nicht. Jeder Schriftsteller war daher befugt, ihm einen bestimmten Sinn für seinen Gebrauch aufzuprägen. Gemeingültigkeit hatte aber seine Auffassung nicht. Wie der Ausdruck in neueren Gesetzen zu interpretieren ist, muß aus dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes und dem Zusammenhange entnommen werden. Über B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 131.

6) Stößel, die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859. Ehrlich, stillschweigende Willenserklärung, mit reicher Kasuistik 1893.

7) l. 57 pr. D. de pactis 2, 14.

8) So auch Regelsberger Bd. 1 S. 504. Andere Auffassungen hat Burckhard,

des Schuldscheins an den Schuldner seitens des Gläubigers die Erklärung des Schulderlasses;[9] denn wer die Forderung geltend machen will, entäußert erfahrungsmäßig und verständigerweise sich nicht vorsätzlich des Schuldscheins über dieselbe.[10]

Gegen derartige auf Empirie gegründete Schlüsse steht zwar der Gegenbeweis offen, daß im gegebenen Falle eine andere Absicht bestand, z. B. daß man den Schuldschein nur zurückgab, weil der Schuldner an dessen Statt einen neuen, präziseren auszustellen versprochen, den er aber nicht ausgehändigt hat. Aber unzulässig ist der Beweis einer anderen Absicht getäuschten Beteiligten gegenüber, wenn man sie ihnen verschwieg, obgleich Treue und Glauben die Offenlegung gefordert hätten.[11]

Eine *Reservation* kann einen derartigen Gegenbeweis sichern.[12] Reservation ist ein Vorbehalt bei einer Handlung, durch welchen wir *eine uns nachteilige Auslegung* derselben ablehnen. — Allgemeiner ist der Begriff der *Protestation*. Man versteht hierunter jede *Verwahrung gegen die Wirkung von rechtlichen Tatsachen, welche unsere Rechte bedrohen*.[13]

2. Eine interessante Frage ist, welche Rechtsfolgen bloßes Schweigen zu Anträgen und Erklärungen anderer hat.[14]

Stillschweigen auf einen Antrag, Nichtzurücksendung unverlangt zur Ansicht und zum Kauf zugesendeter Waren ist an sich keine Zustimmung.

---

zivilistische Präsumtion S. 270 ff. — Bloße Wahrscheinlichkeit reicht freilich nicht hin, vgl. Bekker Bd. 2 S. 77.

9) l. 2 § 1 D. de pactis 2, 14. Ein Fall stillschweigender Willenserklärung ist die pro herede gestio. Der zur Erbschaft Berufene, welcher Erbschaftsgeschäfte besorgt, z. B. Erbschaftsschulden bezahlt, Nachlaßsachen veräußert, erklärt damit seinen Willen, die Erbschaft zu erwerben, es sei denn, daß er nachweisbar andere loyale Zwecke damit verfolgt, z. B. für den abwesenden nächstberufenen Erben verwalten will, l. 20 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Entsprechendes ist auch für die Annahme der Erbschaft nach B.G.B. § 1942 anzunehmen.

10) Die Römer sprechen nicht selten von stillschweigenden Willenserklärungen, um sich eine nach den Gesetzen eintretende Rechtswirkung theoretisch zurechtzulegen. Daß hierin nur der Versuch liegt, die reale Gestaltung der Rechtsverhältnisse mit römischen Grundanschauungen in Übereinstimmung zu bringen, darüber vgl. oben S. 181.

11) Weiter geht Hartmann, Werk und Wille bei stillschweigendem Konsens im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 Nr. 6. Siehe unten § 99.

12) l. 20 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

13) Vgl. z. B. l. 1 §§ 3 und 4 D. de agnosc. et al. liberis 25, 3, l. 10 § 3 D. quae in fraudem 42, 8, l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. In Rom vollzogen sich Protestationen durch private Denunziationen unter Zuziehung von Zeugen. Daher der Name. Nach heutigem Gebrauch bedient man sich bei der Protestation möglichst der Vermittelung des Gerichtes, beziehungsweise der Gerichtsvollzieher und der Notare. Bekker Bd. 2 S. 272.

14) Über die Rechtswirkung des Schweigens sagt l. 142 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 56 ad edictum: qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare. So abgerissen ist der Ausspruch zweideutig wie ein Orakel-

Aber Stillschweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren.[15]

Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Geschäftsverbindung bestand und auch bisher Propositionen des anderen Teiles schweigend angenommen waren.[16] Erklärt uns ferner ein Mitkontrahent nach dem Geschäftsschluß, daß er den Vertrag in einer bestimmten Weise verstehe, ihn in einer gewissen Art ausführen wolle, so wird meist Treu und Glauben eine Gegenerklärung erheischen, wenn man sich nicht bei der kundgegebenen Auffassung beruhigen will; Schweigen gilt daher hier als Zustimmung.[17] Als Überlistung erscheint es auch, falls wir bei einer Verhandlung schweigend gegenwärtig sind, bei welcher ein Dritter in unserm Namen Verbindlichkeiten übernimmt, die wir nicht wollen. Wir müssen uns daher gefallen lassen, daß dies Schweigen als Zustimmung ausgedeutet wird.[18] Anderenfalls würden wir uns selbst der Arglist bezichtigen.

---

spruch. Er bezieht sich auf die confessio in jure, mit der sich auch ein anderes Bruchstück aus dem 56. Buche des Edikts-kommentars von Paulus l. 1 D. de confessis 42, 2 beschäftigt. Der Sinn ist also: wer in jure auf die Klage schweigt, steht dem confessus in jure gleich. Eine allgemeine Bedeutung hat hiernach der Ausspruch nicht. Doch wiederholt ihn cap. 44 in 6to. de R. J. 5, 12. Es soll dies offenbar zur Abschwächung des vorhergehenden famosen cap. 43 dienen: qui tacet consentire videtur.

15) Auch nach B.G.B. ist dies anzunehmen. Bürg. R. Bd. 1 § 133. Heyne, de vol. tac. 1840, Savigny Bd. 3 S. 248 behaupten, es könne grundsätzlich bloßes Stillschweigen nicht als Einwilligung gelten; die Fälle, in welchen die Quellen etwas anderes bestimmten, seien ganz positive „Ausnahmen", Theorie und Praxis daher nicht befugt, sie durch andere ähnliche Fälle zu vermehren. Aber jene angeblichen „Ausnahmen" sind Ausfluß von Grundsätzen, die eine allgemeine Anwendbarkeit haben. Dies ist neuerdings die überwiegende Ansicht geworden. Sie teilt auch R.O.H.G. Bd. 1 S. 81. Vgl. Hallwachs im Archiv f. prakt. R.W. Bd. 10 S. 225, Klemm, über die stillschweigende Verbindlichkeit zur Bezahlung unbestellter Waren, Hanausek, Fakturen 1891 S. 37, Ehrlich a. a. O. S. 173, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 273 ff., Raneletti, il silenzio nei negozi giuridici in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 3 ff., insbes. S. 25, der im wesentlichen mit uns übereinstimmt. Vgl. auch Aßmann, die unbestellten Zusendungen, 1901.

16) Wird eine bestellte Ware mit einer Rechnung, die vom Vertrage abweicht, übersendet, so ist Stillschweigen hierauf allein noch keine Zustimmung zu den von den früheren Abmachungen abweichenden Modalitäten, R.O.H.G. Bd. 5 S. 35.

17) So hat das R.O.H.G. oft erkannt, R.O.H.G. Bd. 1 S. 82, Bd. 19 S. 123.

18) l. 4 § 3 D. de fidejuss. et nom. 27, 7, l. 12 D. de evict. 21, 2. Leichter ist Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn man bei der Erklärung eines anderen gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Allein dies alles hängt von der Würdigung des Falles ab. Vgl. l. 16 D. de S. C. Maced. 14, 16.

IV. Willensmängel.

§ 99. Die Bedeutung des Willensmomentes.

1. Die Erklärung des Geschäftes muß mit den Vorstellungen des Erklärenden übereinstimmen.[1] **Wort und Wille müssen sich decken.**

Manche freilich wollen die Erklärung schlechthin entscheiden lassen, auch wenn sie des Willens bar ist. Doch das heißt den Zufall zum Herren machen statt planmäßiger Gestaltung.[2]

Allerdings gilt das Erklärte als gewollt. Es bedarf des Gegenbeweises aus anderen Tatsachen, um darzutun, daß der Wille fehlte. Und nicht immer ist dieser Gegenbeweis rechtlich gestattet. Handelt es sich doch darum — dies ist der Hauptfall —, anzukämpfen gegen die eigenen Worte. Dem Tüchtigen und Redlichen aber ist sein Wort ehrwürdig. Auf dem Halten seines Wortes beruht das Vertrauen zu seiner Persönlichkeit, sein moralischer und ökonomischer Kredit.

2. In dieser Hinsicht unterliegen liberale und letztwillige Zuwendungen anderer Beurteilung als Verkehrsgeschäfte.

---

1) Natürlich handelt es sich hierbei um diejenige Vorstellung, zu welcher der Kontrahent schließlich und endgültig gelangte, nicht um Absichten, mit denen er an den Geschäftsschluß herantrat und von denen er sich mehr oder weniger abdrängen ließ: l. 8 C. de rescindenda venditione 4, 44. Diocletianus et Maximianus . . . videlicet, si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat addente ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum . . .

2) Vgl. oben § 91 Anm. 10. Die Frage des Verhältnisses zwischen Willen und Willenserklärung ist in der neueren Zeit Gegenstand zahlreicher und interessanter Erörterungen geworden. Die herrschende Meinung — die „Willenstheorie" — geht davon aus, daß die Erklärung ohne Willen ebenso wenig rechtliche Wirkung hat, wie der Wille ohne Erklärung. Sie haben im wesentlichen festgehalten: Windscheid, Wille und Willenserklärung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 3, Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 8, Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Inauguraldissertation, Bonn 1879. Eine entgegengesetzte Ansicht will der Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, dann unbedingt Wirkung beilegen, wenn sie dem Mitkontrahenten als Ausdruck des Willens erschien und erscheinen konnte — s. g. Verkehrs-, oder Vertrauens-, oder Läsionstheorien. — Die Vertreter dieser Ansicht hat Windscheid a. a. O. S. 73 aufgeführt. Wir heben nur hervor: Bähr, über Irrungen im Kontrahieren in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 9, und Kohler ebendaselbst Bd. 16 S. 325 ff., vgl. auch Leonhard, Irrtum, insbesondere §§ 15 und 17, neuerdings Hollander, zur Lehre vom error, 1898. Einen vermittelnden, unseres Erachtens richtigen Standpunkt nimmt ein Gustav Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 1. Dazu Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 10, Bd. 26 n. 5, Hartmann im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72 S. 162. Vgl. auch Graf Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 281, Bekker Bd. 2 S. 64. — Das B G.B. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der Willenstheorie — anderer Ansicht Cosack, bürg. R. Bd. 1 § 64 — jedoch mit erheblichen praktischen Modifikationen.

Bei liberalen Zuwendungen und letztwilligen Verfügungen ist der Nachweis mangelnden Willens schlechthin gestattet; es ist für den anderen Teil unanständig, wenn er sich gegen den Willen des Verleihenden, gestützt auf das bloße Wort, Vorteile anzumaßen sucht.

Die Verleugnung eines Verkehrsgeschäftes wegen Mangels des Willens steht dagegen nicht frei, wenn sie dem Anstande und tüchtiger Gesinnung widerspricht,[3] vor allem, wenn der Erklärende selbst Schuld daran ist, daß der andere Teil durch die falsche Erklärung getäuscht wurde.

3. Man kann sich hiernach unbedingt darauf berufen, daß zur Zeit der Erklärung die Fähigkeit zu klaren Vorstellungen durch Krankheit,[4] oder daß die Selbständigkeit des Willens durch Hypnose[5] behindert war. Trunkenheit kann man vorschützen, wenn sie das Bewußtsein raubte oder doch die Einsicht in die Bedeutung des Geschäfts erheblich verdunkelte. Denn solche Trunkenheit muß der andere Teil bemerken.[6] Auf unentschuldbare Zerstreutheit, welche der andere Teil nicht erkennen konnte, kann man sich bei Verkehrsgeschäften nicht berufen.[7]

Unzulässig ist ferner die Berufung auf eine reservatio mentalis, d. h. den dem Mitkontrahenten verschwiegenen Vorbehalt, nicht zu wollen,

3) Diese Auffassung tritt zu Tage in l. 12 D. de transactionibus 2, 15 Celsus libro 3 Digestorum ... si tamen postea codicilli proferuntur non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum. quas tunc noverat, scriptura contineretur. Auf diese Äußerung hat namentlich Hartmann a. a. O. S. 55 aufmerksam gemacht. — Nur mit der hieraus sich ergebenden Beschränkung sind die Stellen zu verstehen, welche auf den Willen Gewicht legen, z. B. l. 3 D. de rebus dubiis 34, 5, § 23 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 5 C. plus valere 4, 22.

4) Es kommt vor, daß man im Nervenfieber scheinbar klar und bewußt Erklärungen abgibt, von denen man im gesunden Zustande hinterher nicht das Geringste weiß. Solche Erklärungen sind nichtig. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie gerichtlich aufgenommen wurden, und wenn das Gericht das Vorhandensein des Bewußtseins nach dem Anschein konstatiert hat. Anders Leyser med. vol. V. sp. 348 II.

5) Vgl. auch v. Bentivegni, die Hypnose und ihre zivilrechtliche Bedeutung, Leipzig 1890.

6) Die Rechtsquellen sprechen sich über die in der Trunkenheit geschlossenen Geschäfte nicht aus. Man pflegt einige allgemeine Betrachtungen des kanonischen Rechts anzuführen, insbesondere can. 7 caus. XV qu. 1 „nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent ut sepulti“ und cap. 14 X de vit. et honest. cler. 3, 1 „cum ebrietas et mentis inducat exilium“. Hieraus ergibt sich für unsere Frage wenig oder nichts. Bei der Beurteilung ist die Lage des einzelnen Falles von Bedeutung, da sich die Grade der Trunkenheit nicht bestimmt abzirkeln lassen. Ein bloße Erhöhung der Stimmung durch geistige Getränke begründet keine Anfechtung; ist sie aber vom Mitkontrahenten künstlich hervorgerufen, so ist exceptio und actio doli zulässig, Leyser vol. I spec. 59 med. 3.

7) Über die Behauptung, daß ein Zerstreuter, welcher sich verspricht oder verschreibt, im Zustande momentaner Besinnungslosigkeit handle und daß daher derartige Akte nicht verbindlich seien, vgl. Leonhard, Irrtum S. 141.

was man erklärt, es sei denn, daß dieser das Fehlen des Willens kannte oder hätte erkennen müssen.[8]

Die Einwendung eines Scherzes ist bei Verkehrsgeschäften zu beachten, wenn der Mitkontrahent an ihm teilnahm, oder wenn der Scherz aus den Umständen des Falles oder dem Inhalte des Erklärten erkennbar war. Das Gleiche gilt von Erklärungen, die ersichtlich bloß aus Prahlerei geschehen, ohne in ernsthaften Verkehrsmotiven zu beruhen.[9][10]

4. Von zwei Extremen haben wir uns hiernach frei zu halten. Wir dürfen der äußerlichen Auffassung nicht nachgeben, als sei das Erklärte schlechthin maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob es der Absicht des Erklärenden entspricht. Aber auch die einseitige Betonung des Willens führt auf Abwege, falls hierbei nicht gewürdigt wird, welches Gewicht das Wort für den Verkehr und die Rechtssicherheit hat.

§ 100. Simulierte, dissimulierte, fiduziarische Geschäfte.

1. Simulierte Geschäfte sind zum Scheine geschlossene.[1] Die Scheinkontrahenten sind darüber einig, nicht zu wollen, was sie nach außen hin vorgeben.[2] Sie wollen entweder kein Geschäft oder ein G[illegible]

---

8) Vgl. B.G.B. § 116. Über Mentalreservation siehe Savigny Bd. 3 S. 25[illegible] Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 2 und n. 9, Scheurl im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 n. 10. Über das cap. 26 X de sponsal. 4, 1 insbesondere vgl. Scheurl a. a. O. S. 346, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 185, Hinschius im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 83 n. 4. Die Mentalreservation entspringt nicht immer der Absicht zu täuschen, vgl. Gruchots Beiträge Bd. 35 S. 396.

9) l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 2 institutionum. Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero spondes? et tu responderis spondeo, nascetur obligatio. Varro de lingua latina 6, 72. Ein interessantes Beispiel findet sich R.G. Bd. 8 S. 248 ff. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 16 n. 217, Bd. 32 n. 231. B.G.B. § 118 erklärt: Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig. Bürg. R. Bd. 1 § 141.

10) Nicht selten ist die Fassung der Urkunde über ein Geschäft ungenau, weil die Beteiligten nicht im stande waren, ihren Gedanken völlig präzis auszudrücken, oder weil sie der Kürze halber nur die Hauptpunkte hervorheben wollten. Dann gilt gleichwohl das mündlich Vereinbarte; eine Ausbeutung der Fassung der Urkunde durch einen der Kontrahenten gegen die Vertragsabsichten ist nicht zu gestatten. l. 36 D. de verb. obl. 45, 1; Bähr, Urteile des Reichsgerichtes S. 103. — Ganz anders liegt der Fall, wenn die Urkunde geradezu anderes feststellte, als vorher mündlich verabredet war. Dann ist der Inhalt der Urkunde, welche die letzte Willensäußerung der Beteiligten bildet, maßgebend, vorbehaltlich der Einwendung von Betrug, Irrtum, Simulation, Zwang.

1) Savigny Bd. 3 § 132; Kohler, Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 n. 2 und n. 7 und daselbst Bd. 28 S. 166, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 80 S. 143 Anm. 1.

2) Von anderer Art sind die „typischen Scheingeschäfte" des älteren römischen Rechtes. Es gehörte dahin das Manzipationstestament, die in jure cessio. Die

schäft anderer Art oder ein Geschäft derselben Art, aber unter anderen Modalitäten als das vorgegebene. Simulierte Geschäfte sind nichtig.

Auf simulierte Geschäfte können sich daher die Kontrahenten in keiner Hinsicht stützen.[3] Wer ferner sonst ein rechtliches Interesse daran hat, kann die Simulation aufdecken und das Geschäft als nichtig bekämpfen. Besonders häufig sind Scheinveräußerungen der Habe eines Schuldners, um diese dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Gläubiger des Scheinveräußerers können die Pfändung oder Subhastation der zum Scheine veräußerten Objekte durchführen, wenn sie die Simulation dartun können.[4]

Auch der Simulant seinerseits kann die Simulation gegen seinen Mitkontrahenten und gegen Dritte geltend machen, welche die Simulation kannten, trotzdem aber Rechte auf das simulierte Geschäft stützen.[5] Dritte aber, die im Vertrauen auf die Echtheit des simulierten Geschäftes mit dem Scheinkontrahenten in Verhandlung traten, können durch den späteren Nachweis der Scheinnatur nicht leiden. Wenn also der Scheinkäufer die zum Schein gekaufte Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräußert, so wird dieser Eigentümer; der Scheinverkäufer kann ihm gegenüber nicht vindizieren.[6] [7]

Rechtsakte wurden hierbei zu anderen Zwecken verwendet, als diejenigen waren, welche geäußert wurden. Dies beruhte auf dem Formalismus und dem Bedürfnis der Notorietät, nicht auf Schein, denn getäuscht wurde niemand. Vgl. Ihering, Geist Bd. 2 § 46, 4. Auflage S. 529, und Bd. 3 § 58 S. 277.

3) Ebenso B.G.B. § 117. Bürg. R. Bd. 1 § 142. Verbotsgesetze durch simulierte Geschäfte zu umgehen, waren die Römer sehr geneigt; so die Strafen der Ehelosigkeit durch simulierte Ehen, l. 30 D. de ritu nuptiarum 23, 2, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten durch scheinbare Kaufgeschäfte, l. 5 § 5, l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 36, l. 38 D. de contr. emt. 18, 1, vgl. l. 4 § 5 D. de in diem addict. 18, 2.

4) Zwei Fälle sind zu unterscheiden. a) Der Schuldner behielt auch nach der Veräußerung die Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte. Dann sind die Gläubiger befugt, die Sachen unmittelbar zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, insbesondere zu pfänden. Treten die Scheinerwerber intervenierend auf, so werden sie durch den Einwand der Simulation zurückgewiesen. b) Die Scheinerwerber haben die Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte erlangt. Hier machen die Gläubiger der Exekution in dieselben freie Bahn, wenn sie durch Feststellungsklage — § 256 C.P.O. — zur Anerkennung bringen, daß der Scheinerwerber auf Grund eines Scheingeschäftes für ihren Schuldner besitzt. R.G. Bd. 4 S. 252.

5) l. 54 D. de obl. et act. 44, 7. Tit. Cod. 4, 22 plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur. l. 5, l. 6 C. si quis alteri 4, 50.

6) Die Auffassung, die ich bereits in den älteren Auflagen meines Preuß. Privatrechtes Bd. 1 § 104 Anm. 10 verteidigte, hat im wesentlichen Zustimmung gefunden bei Kohler a. a. O. S. 128; Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 3 ff.; Leonhard, Irrtum S. 136; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 100. Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 12 will sie auf entgeltlichen Erwerb beschränken. Zweifelnd verhält sich Windscheid Bd. 1 § 75 Anm. 3. Es ist zuzugeben, daß sich der Satz aus den Quellen nicht besonders belegen läßt. Aber in Rom stand seit alters nur fest,

2. Das simulierte Geschäft verdeckt nicht selten ein ernstlich gemeintes. Solche verdeckten Geschäfte nennt man dissimulierte. Es wird beispielsweise der Kaufpreis in der Schrifturkunde über ein Kaufgeschäft niedriger angegeben, als vereinbart ist, um Stempelbeträge zu sparen, oder er wird in höherem Betrage niedergeschrieben, als vereinbart ist, um dem Käufer die Weiterveräußerung zu dem höheren Preise zu erleichtern. Das dissimulierte Geschäft ist gültig, wenn es den gesetzlichen Voraussetzungen der Geschäfte seiner Art entspricht.[8]

3. Mit den simulierten Geschäften sind die fiduziarischen nicht zu verwechseln. Bei den fiduziarischen Geschäften ist das Verhältnis nach außen und nach innen verschieden. Wir geben hierbei dem Fiduziar nach außen hin die Stellung des Eigentümers unserer Sache oder des Gläubigers einer uns zustehenden Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechtes. Nach innen bleibt aber der Fiduziar bloßer Bevollmächtigter; die Sache beziehungsweise die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde.[9][10] Gerät er in Konkurs, so kann der Vollmachtgeber

daß simulierte Geschäfte nicht zur Umgehung der Gesetze dienen könnten. Es war offenbar bestritten, ob sich der Simulant überhaupt seinerseits auf die Nichtigkeit des Geschäftes berufen könne. Dies wurde durch zahlreiche Reskripte festgestellt. Daß sich der Simulant aber auch dritten redlichen Erwerbern gegenüber auf die Simulation berufen kann, wird nirgends ausgesprochen. Das Gegenteil erschien wohl als selbstverständlich. Es ist insbesondere nicht zu bezweifeln, daß der Schuldner befreit wird, wenn er einem durch simulierte Zession scheinbar Legitimierten zahlt. Vgl. R.O.H.G. Bd. 24 S. 324, R.G. Bd. 20 S. 340. B.G.B. enthält keinen entsprechenden allgemeinen Satz, als Ersatz dienen zum Teil die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 142 II.

7) Kohler a. a. O. nimmt an, die Einrede der Simulation gegen eine Ehe sei unzulässig. Man denke aber, eine Dame der Demimonde schließe, um einen Namen zu gewinnen, eine simulierte Ehe. Dritten kann die Simulation keinesfalls entgegengestellt werden. Will jedoch der Scheinehemann trotz der Simulation Rechte als Ehemann, z. B. Erbrechte, geltend machen, so wird ihm die Einrede der Simulation entgegenstehen, vgl. l. 30 D. de ritu nupt. 23, 2. Vgl. jedoch Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 167, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 10, O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 53 n. 90. Nach B.G.B. §§ 1323 ff. ist die simulierte Ehe gültig.

8) l. 3 C. de contr. empt. 4, 38, l. 2, l. 4 C. plus valere 4, 22. R.G. Bd. 15 S. 293.

9) Wir behaupten nicht, daß diese Konstruktion dem römischen Rechte angehört. Sie hat sich im heutigen Rechte ausgebildet, welches die Verhältnisse nach innen und nach außen häufig scharf sondert. Fiduziarische Geschäfte solcher Art bilden namentlich oft Zessionen von Forderungen, behufs deren Einklagung, Übermachung von Wechseln zum Inkasso mit Vollindossament. A.A. Lang im Archiv f. zivil. Prax. Bd. 83 S. 343. Vgl. auch Dreyer in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 233, 449.

10) Die früheren Auflagen zogen hieraus den Schluß, daß der Fiduziar eine Unterschlagung begehe, wenn er das Anvertraute zu eigenem Nutzen verwende, unter Anführung von R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 344. Die Strafrechtslehrer teilen diese Auffassung jedoch nicht.

richtiger Ansicht nach das fiduziarisch weggegebene Aktivum aus der Konkursmasse vindizieren.[11] [12]

§ 101. Geschäftsirrtum.[1] Einleitung.

1. Irrtum bewirkt nicht selten den äußerlichen Abschluß von Geschäften, welche die Beteiligten in der Tat nicht wollten.[2]

Dies geschieht in verschiedener Weise. Es kann sein, daß die eigene Erklärung mit der Absicht des Erklärenden nicht übereinstimmt. Man unterschreibt z. B. ungelesen einen vorgelegten Kaufvertrag, den man für einen Pachtvertrag hält.[3] Es kommt ferner vor, daß sich die beiderseitigen Erklärungen der Kontrahenten nicht decken, während scheinbar eine Einigung erzielt ist. Es kann die Willenserklärung des einen Teiles falsch ausgerichtet werden; man beauftragt z. B. einen Bankier durch Telegramm mit dem Verkauf von Inhaberpapieren, die Telegraphenanstalt meldet aber einen Auftrag zum Ankauf.[4] Auch Gegenwärtige mißverstehen sich zuweilen, sie tauschen übereinstimmende Erklärungen aus, aber der eine verbindet mit ihnen einen ganz anderen Sinn als der Gegenteil.[5]

---

11) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 353, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 14. Jäger, Konkursordnung zu § 23 und die dort Angef. Entsprechendes ist für die Widerspruchsklage der C.P.O. § 771 im Fall der einzelnen Zwangsvollstreckung anzunehmen.

12) Anderer Ansicht F. Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, Rostocker Diss. 1901.

1) H. Richelmann, Einfluß des Irrtums auf Verträge 1837; Savigny Bd. 3 § 135. Neuerdings Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung 1879 und Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen 1882 und im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72 n. 2, dazu Lotmar, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 368, Bd. 26 S. 220, Ryck in den Festgaben für Beseler 1885 S. 119, Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 673, Ofner ebendaselbst Bd. 17 S. 331, Affolter im Arch. f. bürg. R. Bd. 6 n. 10, Hollander, zur Lehre vom error 1898. Vgl. auch Pfersche, die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts. 1891.

2) Nur von Fällen eines dem äußeren Anscheine nach vorhandenen Geschäftsschlusses, welcher entkräftet werden soll, ist im folgenden die Rede. Ganz anders liegen Fälle, in welchen ein Geschäft auch nicht einmal scheinbar geschlossen ist, z. B. A. und B., die schwerhörig sind, verhandeln mündlich, A. erklärt den Willen, eine Sache zu verkaufen, B. dieselbe zu mieten. Beide mißverstehen sich, der Dissens liegt den Zuhörern offen zu tage. Hier kann weder A. noch B. eine Klage begründen; es fehlt selbst an dem Anscheine des Konsenses. Auf den Irrtum und seine Qualität kommt es hier nicht an.

3) l. 5 C. plus valere quod agitur 4, 22. Diocletianus et Maximianus. Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.

4) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 309 Anm. 5 und dort Angeführte.

5) R.O.H.G. Bd. 11 S. 172.

Irrtum solcher Art wollen wir *Geschäftsirrtum* nennen. Derselbe kann die Nichtigkeit des Geschäftes begründen. Der letzte Grund der Nichtigkeit liegt aber nicht im *Irrtum*, sondern in dem *Fehlen des Geschäftswillens*. Seine Aufdeckung macht nur den Mangel des Willens erkennbar.

2. Savigny unterscheidet *echten* und *unechten* Irrtum. Er nennt den Irrtum einen echten, welcher *positiver Grund einer Rechtswirkung* ist. Dies ist z. B. der Fall beim Irrtum über das Bestehen einer Schuld, welcher zu einer Zahlung führte, und aus welchem die condictio indebiti erwächst. Den Irrtum, welcher einen *Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlaßt* — den Geschäftsirrtum, bezeichnet Savigny als unechten.[6]

Diese Terminologie ist nicht empfehlenswert. Auch der Geschäftsirrtum ist echt, er ist wesentlich. Es ist verwirrend, wenn man ihn als einen unechten bezeichnet.

Die Schlüsse, welche Savigny aus seiner Unterscheidung zieht, sind von großer Bedeutung. Er folgert aus denselben, daß es auf *Entschuldbarkeit* oder Unentschuldbarkeit des *Geschäftsirrtumes* nicht ankommen könne. Allerdings sei zu tadeln, wer aus grober Unaufmerksamkeit die Proposition eines anderen falsch auffasse und ihr in solchem Mißverständnis beitrete. Aber es fehle nun einmal der übereinstimmende Wille. Ohne Willensvereinigung aber sei ein Vertrag nicht denkbar. Die Auffassung Savignys wäre unwiderleglich, wenn eine philosophische oder mathematische Aufgabe in Frage stände. In der Tat aber handelt es sich um ein praktisches Problem, welches nicht nach rein abstrakten Gesichtspunkten zu lösen ist. Ein Geschäft liegt wenigstens scheinbar vor; dasselbe muß erst aus dem Wege geräumt werden. Hiermit ist es nicht leicht zu nehmen.

Nur wer entschuldbar irrte, kann ein zweiseitiges Geschäft wegen Irrtumes anfechten. Denn es ist eine allgemeine Regel des römischen Rechtes, daß man sich nur auf entschuldbaren Irrtum berufen kann.[7] Keine Andeutung findet sich davon, daß in dem wichtigen Falle des

6) Savigny a. a. O. S. 264, 444.

7) Vgl. oben § 87. Dafür, daß nur entschuldbarer Geschäftsirrtum berücksichtigt wird, spricht l. 15 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. Denn Paulus handelte in diesem Buche — vgl. auch l. 10 D. eod. — von Irrtum beim Geschäftsschluß. Vermittelnd ist Brinz Bd. 4 § 526 S. 43. Viele nehmen an, wer unentschuldbar irrte, sei zum Ersatz des s. g. negativen Vertragsinteresses verpflichtet — vgl. hierüber unten Bd. 2 § 10 — der Vertrag sei aber wegen Mangels des Willens nichtig. So Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 101. Vgl. Unger, Behandlung des wesentlichen Irrtums in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 n. 13.

Geschäftsirrtumes diese Regel außer Anwendung blieb. Ihr Grund, daß sonst Leichtsinn und oberflächliches Wesen begünstigt würde, trifft auch beim Geschäftsirrtum zu.[8]

§ 102. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrtum.

Wir nennen den Geschäftsirrtum *wesentlich*, wenn durch ihn die *Nichtigkeit des Geschäftes begründet wird*, *unwesentlich*, wenn dies *nicht der Fall* ist. Irrtum, welcher in diesem Sinne unwesentlich ist, hat oft in anderer Hinsicht rechtliche Bedeutung. Er kann namentlich bei Ansprüchen wegen Betruges, sowie bei den ädilizischen Klagen wegen verborgener Mängel in Betracht kommen.

Der wesentliche Irrtum muß

1. *entschuldbar* sein.[1]

2. Er muß *sachlicher Natur* sein. Nicht in Betracht zu ziehen ist bloßer Irrtum über Namen und Bezeichnungen.

3. Der Irrtum muß das *Geschäft* selbst betreffen. Unzweifelhaft ist der Irrtum in bloßen *Beweggründen* unwesentlich.[2] Oft ist es aber schwierig zu entscheiden, ob ein Irrtum zur einen oder zur anderen Kategorie gehört.

4. Es ist endlich *Erheblichkeit* des Irrtums erfordert.

Im altrömischen Recht entschied allein das Wort der Geschäfte. Auf Irrtum, selbst wenn er durch Betrug des Gegners veranlaßt war, konnte man sich nicht berufen. Solcher alten und veralteten Rechtsauffassung gegenüber brach sich seit Ende der Republik eine neue Idee Bahn, welche Berücksichtigung des Parteiwillens verlangte. Ein Schlagwort hierfür war „errantis nulla voluntas".[3] Doch ein unmittelbar

---

8) Nach B.G.B. §§ 119 ff. kommt es auf Entschuldbarkeit des Irrtums nicht an; wer aber ein Rechtsgeschäft wegen Irrtums anficht, wird dem anderen Teil schadensersatzpflichtig, es sei denn, daß dieser den Irrtum hätte erkennen müssen.

1) l. 9 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio. l. 32 D. de verb. obl. 45, 1. Dennoch gibt es Fälle, in welchen der bloße Name von Bedeutung ist. Es wird z. B. ein Bild als „echter Rafael" verkauft, welches bloße Kopie ist. Über Irrtum im Gemäldehandel Kohler, Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 256.

2) Hierüber ist man einig. Nur ist ein Vorbehalt bezüglich der Motive letztwilliger Verfügungen zu machen, welcher bei diesen zu erörtern ist. Um so bestrittener ist, was unter den Beweggründen zu verstehen ist. Wir haben unsere Ansichten oben § 94 entwickelt; ganz andere Auffassungen gewinnt Zitelmann a. a. O. namentlich S. 414 ff. Vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 258.

3) l. 116 D. de R. J. 50, 17, l. 15 D. de jurisdict. 2, 1, l. 2 pr. D. de judiciis 5, 1, l. 8, l. 9 C. de juris et facti ign. 1, 18. Mit Unrecht sieht Savigny, System Bd. 3 S. 342 in diesen Aussprüchen nur spezielle Gelegenheitsäußerungen, siehe Bürg. R. Bd. 1 § 143 I.

anwendbares Rechtsprinzip war hiermit nicht gewonnen, wie sich bald ergeben mußte.

Die Rechtssicherheit wäre auf das äußerste gefährdet, wenn man wegen eines jeden untergeordneten Irrtumes über Geschäftsbestandteile Nichtigkeit des Geschäftes geltend machen könnte.[4] Die richtige Grenze jedoch zwischen dem erheblichen und dem nicht erheblichen Irrtum ist nicht leicht zu ziehen. Die römische Jurisprudenz suchte einen Anhalt in äußeren Momenten. Sie ist dabei nicht durchweg zu befriedigenden und folgerechten Resultaten gelangt. Die neuere gemeinrechtliche Jurisprudenz mußte daher in der Ausbildung des einzelnen zum Teil selbständige Wege gehen.[5]

Wir fassen im folgenden vorzugsweise die gegenseitigen lästigen Verträge in das Auge.

a) Erheblich ist der Irrtum über die Art des Geschäftes,[6] — z. B. wenn der eine Kontrahent schenken, der andere ein Darlehen nehmen will. Sind dagegen die Kontrahenten über die Geschäftsbedingungen einig, und irren sie nur über die juristische Charakterisierung des Geschäftes, so ist dies unerheblich.

b) Erheblich ist der Irrtum über die Identität des Mitkontrahenten.[7] Das heutige Verkehrsleben kennt jedoch zahlreiche

4) Mit Recht bemerkt Ryck a. a. O. S. 141, daß oft Ausführungsmodalitäten und selbst gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften von Personen oder Sachen nach dem Maßstabe des Hauptzweckes des Geschäfts gemessen völlig bedeutungslos sind. Er führt als Beispiel an, daß beim Ankauf einer Maschine irrtümlich Eigenschaften vorausgesetzt werden, die nach den bisherigen Erfahrungen allgemein als unentbehrlich zur Brauchbarkeit galten, während sie nach einer neuen Konstruktionsart überflüssig sind, da ihr Mangel weder den Gebrauch hindert, noch Kosten verursacht. Aber gerade dies Beispiel zeigt, daß die Frage der Erheblichkeit nach objektiven Kriterien, nicht nach den angeblichen Intentionen zu prüfen ist.

5) Leonhard a. a. O. stellt den Satz auf: die Erheblichkeit des Irrtumes über einen Umstand für die Gültigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes an sich ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegten, ob sie also die Richtigkeit eines Umstandes ausdrücklich oder stillschweigend zur Geschäftsbedingung machten. Dieses Prinzip verweist uns auf die subjektiven Absichten der Beteiligten, aber diese sind, weil sie eben im Irrtum befangen waren, meist nicht zu erkennen. Deswegen hat eben das Recht objektive Kriterien darüber aufgestellt, ob ein Irrtum erheblich ist oder nicht.

6) l. 18 D. de r. cr. 12, 1, l. 36 D. de a. r. d. 41, 1, Zitelmann S. 528ff., Leonhard S. 472.

7) Die römischen Juristen haben einem derartigen Irrtum in weitem Maße Erheblichkeit beigemessen. Sehr merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Entscheidung von Celsus libro 5 digestorum l. 32 D. de r. cr. 12, 1: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Die hier erwähnte condictio pflegt man

Geschäfte, z. B. Verkäufe auf bar, welche in der Regel mit jedermann ohne Unterschied geschlossen werden. Bei solchen Geschäften kommt eine falsche Vorstellung über die Persönlichkeit des anderen Teiles nicht in Betracht.

Irrtum über die Eigenschaften des anderen Teiles ist unerheblich,[8] sofern sie denselben nicht für die Verkehrsauffassung individualisieren.

c) Irrtum über die Identität des Geschäftsobjektes ist erheblich.[9]

Ob auch Irrtum über Eigenschaften des Gegenstandes des Geschäftes[10] erheblich sei, war bei den Römern bestritten. Die herrschende Ansicht nahm dies an, falls man sich über die stoffliche Zusammensetzung einer gekauften Sache total getäuscht hatte — error in substantia.[11] Der Stoff also galt als das entscheidende Merkmal.[12] Diese

nach Juventius Celsus die Juventiana zu nennen. Über die Frage, wann Irrtum über die Identität der Person vorliegt, vgl. die scharfsinnigen aber sehr abstrakten Ausführungen Windscheids Bd. 1 § 76a, sowie Brinz Bd. 4 § 526.

8) Siehe l. 14 § 3 D. de in diem addictione 18, 2, vgl. B.G.B. § 119 Abs. 2. Gültig war hiernach in Rom selbst ein Geschäft mit einem Sklaven, den man für einen Freien hielt, obgleich es den Sklaven nur naturaliter verpflichtete. Über Irrtum bezüglich der Person des anderen Teils bei der Eheschließung siehe unten Bd. 3 § 9.

9) l. 9 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum ... si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est, idem est, si ego me Stichum tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. l. 34 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 2 § 6 D. pro emptore 41, 4. Nicht erheblich ist der Irrtum über bloße „Zugaben" zum Kaufobjekt l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

10) Unter Eigenschaften versteht man die objektive Beschaffenheit einer Sache und die Beziehungen, welche sich an sie anschließen, z. B. der Mietsertrag eines Hauses. Die Angabe des Wertes einer Sache bildet ein vergleichendes Urteil, nicht die Behauptung von Eigenschaften; vgl. R.O.H.G. Bd. 22 S. 392; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 79.

11) Über „error in substantia" u. a. Savigny Bd. 3 S. 276, Bruns kl. Schriften Bd. 2 S. 484, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 450, Bode, error in subst. Gött. Jn.Diss. 1888.

12) Ulpianus libro 28 ad Sabinum, l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit. ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simili, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quoque consentio, quia eadem propre *ovoia* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, quod ab initio acetum fuit ut embamma, aliud pro alio venisse videtur, in ceteris autem nullam venditionem esse puto, quotiens in materia erratur. l. 11 pr. D. eod. Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit? § 1. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est. Hiernach galt als erheblich bei Sklaven error in sexu, bei Objekten anderer Art error in substantia. Hiermit stimmt überein, daß Paulus in der l. 21 § 2 D. de act. empt.

Lösung war eine äußerliche, sie wäre vom Standpunkte der heutigen Naturwissenschaft kaum noch praktisch durchführbar. Die neuere Jurisprudenz erachtet daher den Irrtum über Eigenschaften dann als wesentlich, wenn vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den *im Verkehre* herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Die Verschiedenheit des Stoffes ist hierzu weder notwendig noch stets hinreichend.[13] [14]

Außerdem ist der Irrtum über solche Eigenschaften erheblich, welche beim Geschäftsschluß *ausdrücklich* als wesentlich bezeichnet wurden.[15]

Mißverständnis der Kontrahenten über den Betrag der zu leistenden *Summe* kann die Willensübereinstimmung in Frage stellen und erheblich sein. Unter Umständen aber schließt das Mißverständnis die Einigung nicht aus. Hat der Verkäufer ein Geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer mißverstehend ihm einen höheren Preis bewilligt, so liegt Einverständnis über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe zugesagt hat.[16] [17]

19, 1 nach der unzweifelhaft richtigen Lesart der Florentina den Kauf für gültig erklärt, wenn jemand ordinäre Tische, z. B. tannene statt solcher aus feinsten Nadelhölzern, kaufte, trotzdem daß beide verschiedenen Verkehrsfunktionen, zum Luxus, zum bürgerlichen Gebrauch dienten, daß Ulpian und Paulus in l. 10, l. 14 D. de contr. empt. 18, 1 den Kauf eines Gefäßes für gültig erachten, welches der Käufer für ein ungemischt goldenes hielt, sofern es nur etwas Gold enthielt, daß endlich nach der l. 45 D. de contr. empt. 18, 1, wie Marcian unter Anführung vieler Autoritäten entscheidet, der Kauf alter Kleider statt vermeinter neuer gültig ist, und selbst der Kauf von Messing — aurichalcum — statt Gold zu Recht besteht, da man Messing nicht als substantiell verschieden von Gold ansah. Vgl. die älteren Auflagen meines Preuß. Priv.R. Bd. 1 § 108; ähnlich Zitelmann a. a. O. S. 566; siehe freilich auch Leonhard a. a. O. S. 449.

13) Diese Sätze, welche Savigny a. a. O. S. 283 mit der ihm eigenen juristischen Intuition aufstellte, sind in die Praxis übergegangen R.O.H.G. Bd. 7 S. 14, Bd. 22 S. 391, R.G. Bd. 19 S. 260. Auch nach B.G.B. § 119 Abs. 2 wird die Anfechtbarkeit begründet durch Irrtum über Eigenschaften „die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Irrenden. Abweichend Eck, Vorträge Heft 1 S. 46, vgl. auch Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 1.

14) Gültig sind Pfandgeschäfte und Stipulationen, wenn auch der Erwerber über die Eigenschaften der Sache irrte, wenn er z. B. das verpfändete bronzene Gefäß für ein goldenes hielt, l. 1 § 2 D. de pign. act. 13, 7, l. 22 D. de verb. obl. 45, 1. Dies um deswillen, weil dem Erwerbenden bei solchen Geschäften lieber sein mußte, etwas, als nichts zu bekommen.

15) l. 58 D. de contr. empt. 18, 1. Papinianus libro 10 quaestionum. Arboribus quoque vento dejectis absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore. Die letzten Worte müssen auf die Kenntnis des Verkäufers vom Windbruch oder vom Brand bezogen werden.

16) l. 52 D. locati 19, 2. Vgl. auch Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 67.

17) Die Theorie nahm seit Savigny an, daß sich auf Nichtigkeit wegen Irrtums eines Teils nicht bloß der Irrende, sondern auch der *andere Teil* berufen könne, wenn er den Sachverhalt hinterher erfuhr. Das war wohl logisch, aber unzweck-

§ 103. Zwang.[1]

1. Zwang kann den Anschein eines Geschäftes herbeiführen, welches der Gezwungene nicht wollte. Es wird z. B. jemandem, welcher widerstrebt, die Hand zur Unterzeichnung eines Wechsels geführt. Solche Gewalt, die in physischer Überwältigung besteht, nennt man vis absoluta.[2] Ein Rechtsgeschäft kommt nicht zu stande.

2. Häufiger ist Zwang, welcher dem anderen Teile ein Handeln rechtswidrig aufzwingt — Erpressung, vis compulsiva. Durch Erpressung bewirkte Geschäfte sind gültig,[3] denn sie sind gewollt,[4] aber sie sind durch Klage und Einrede entkräftbar. Hiermit nahm man es indessen nicht leicht. Die Beachtung jedweder wirklichen und scheinbaren Beeinflussung schien für die Sicherheit des Verkehrs und den Kredit gefährlich. Daher verlangte man unsittliche Bedrohung mit

---

mäßig und den Bedürfnissen des Verkehrs zuwiderlaufend. Quellenzeugnisse fehlen. Jene Ansicht ist daher abzulehnen. Der andere Teil kann aber eine Erklärung des Irrenden über die Genehmigung oder Verwerfung des Geschäftes fordern und ist, im Fall eine Genehmigung nicht unmittelbar erfolgt, befugt, die Nichtigkeit des Geschäftes auch seinerseits geltend zu machen. Dies entspricht der bona fides. Mitteis in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 121, Regelsberger Bd. 1 § 142 Anm. 17. Auch nach B.G.B. § 119 ff. besteht relative d. h. durch Anfechtung des Irrenden bedingte Nichtigkeit; die Anfechtung muß unverzüglich nach der Kenntnis erfolgen. Der Irrende hat nach § 122 dem gutgläubigen Mitkontrahenten sowie gutgläubigen Dritten das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

1) Savigny Bd. 3 § 114; Schliemann, die Lehre vom Zwang 1861; Czyhlarz, der Einfluß des Zwanges in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 1; Schloßmann, die Lehre vom Zwange 1874, Lange, Zwang 1886, Gradenwitz, Ungültigkeit obl. Rechtsgeschäfte S. 9, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 9, Blume in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 224. — Der Zwang wird strafrechtlich verfolgt. In Rom begründete er das crimen vis; das Strafgesetzbuch §§ 240 ff., 253 ff. bestraft Nötigung und Erpressung.

2) Absolute Gewalt liegt unter anderem auch dann vor, wenn man jemandem eine Sache wegnimmt, oder ihn aus seinem Grundstück hinauswirft, oder seine Sache gewaltsam zerstört.

3) Es läßt sich allerdings auch eine Behandlungsweise denken, wonach nur der freie Wille Verbindungskraft hat, erzwungene Geschäfte also nichtig sind, l. 116 pr. D. de R. J. 50, 17. Die römische ist sie aber nicht, siehe unten Anm. 24 und 25. Bei den Römern konnte sie schon um deswillen nicht Wurzel fassen, weil bei ihnen Zwang zum Abschluß von Rechtsgeschäften eine große Rolle spielte. Denn der Prätor erzwang den Abschluß prätorischer Stipulationen, die Erteilung des väterlichen Ehekonsenses, den Antritt von Erbschaften auf Grund des S. C. Pegasianum. Auch der Hausvater nötigte die Hausuntergebenen zu Rechtsgeschäften. Alle diese Geschäfte hätte man in Frage gestellt, wenn man nur den freien Willen als rechtlich bedeutsam angesehen hätte. — Nach B.G.B. §§ 123, 124 besteht relative Nichtigkeit, bedingt durch Anfechtung des Gezwungenen binnen Jahresfrist von Aufhören der Zwangslage an.

4) l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2. Paulus libro 11 ad edictum. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

ernsten Übeln, welche auf besonnene Menschen Eindruck machen.[5] Erforderlich ist hiernach zur actio quod metus causa:

a) Androhung eines schweren Übels. Die Quellen erwähnen Gefahr für Leib und Leben und Freiheit des Bedrohten und seiner Angehörigen.[6] Auch schwere Vermögensgefahren sind aber ohne Zweifel erheblich genug.[7]

Drohungen mit übler Nachrede sind an und für sich nicht zu beachten,[8] anders aber, wenn sich an eine Verleumdung ernsthafte Nachteile knüpfen können, weil man ihr nicht sofort ausreichend begegnen kann.[9]

Ähnlich steht es mit verleumderischen Anklagen und Denunziationen. Sie kommen an sich nicht in Betracht.[10] Knüpfen sich aber an sie reelle Gefahren, so bilden sie wirksame Gründe.[11]

b) Die angedrohte Gefahr muß eine gegenwärtige[12] und unabwendbare gewesen sein.[13] [14]

---

5) l. 6 D. h. t. Gajus libro 4 ad edictum provinciale. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus. Ältere Schriftsteller führten den Satz auf den Einfluß der stoischen Philosophie zurück. B.G.B. § 123 teilt diesen Standpunkt nicht.

6) l. 3 § 1, l. 4, l. 5 D. h. t. 4, 2.

7) Savigny a. a. O. S. 197 Anm. 5 erachtet die Drohung einer bloß auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung nicht als hinreichend. Allein auch solche Furcht kann eine sehr ernste sein. Sie zu ignorieren wird nicht dadurch schon gerechtfertigt, daß sie die Quellen nicht besonders erwähnen. Wächter, Württ. P.R. Bd. 2 S. 762; Windscheid § 80 Anm. 6; Regelsberger Bd. 1 § 144 Anm. 8; R.O.H.G. Bd. 8 S. 173, R.G. Bd. 10 S. 190.

8) Vgl. freilich l. 7 pr. D. h. t. 4, 2.

9) R.G. Bd. 10 S. 188 hat die exceptio metus causa bei Bedrohung des Kredites zugelassen.

10) Vgl. l. 10 C. de his, quae vis metusve causa 2, 19.

11) Vgl. von Glasenapp über den metus accusationis im Archiv für ziv. Praxis Bd. 65 n. 8, Seuff. A. Bd. 48 n. 168 (O.L.G. Hamburg).

12) l. 9 pr. D. h. t. 4, 2. Ulpianus libro 11 ad edictum. Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus.

13) l. 2 D. h. t. 4, 2. Paulus libro 1 sententiarum.

14) Savigny Bd. 3 S. 107 Anm. 2 nimmt an, daß es bei Drohungen, welche die actio quod metus causa nicht begründen, wenn sie nur überhaupt Eindruck machten, an Schutz nicht fehle. Es sei namentlich eine condictio ob turpem causam zulässig, welche nur unter anderen Regeln stehe, als die actio quod metus causa. So auch Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 383 und Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 7. Dies ist nach römischem Rechte nicht begründet. Das römische Recht ignorierte geringere Drohungen schlechthin; dasselbe achtet es nicht, „si quis meticulosus rem nullam frusta timuerit", l. 7 pr. D. h. t. 4, 2. Es läßt sich jedoch nach gemeinem Rechte die Ansicht wohl verteidigen, daß auch objektiv nicht zu befürchtende Drohungen dem Erpressenden selbst und seinen Erben entgegengestellt werden können, sofern sie ihren Zweck erreichten. Denn das Strafgesetzbuch § 253 bestraft die Erpressung, ohne zu unterscheiden, ob die Drohung eine schwerere oder geringere war und ob sie auf einen besonnenen Menschen einwirken konnte. Es ist folgerecht, diesen Gedanken im Zivilrecht zur Durchführung zu bringen. Dies ist um so mehr berechtigt, als die römischen Beschränkungen mit den Rechtsauffassungen, welche in

c) War der Drohende befugt, das Geschäft zu erzwingen, so ist dasselbe vollgültig. Aber dies ist nicht der Fall, wenn man mit Schritten droht, zu denen man befugt ist, wenn es aber gegen Anstand und gute Sitten verstößt, solcher Art die fragliche Willenserklärung zu erzwingen. Man droht z. B. behufs einer Erpressung mit Anzeige eines geheimen Verbrechens oder mit Einleitung einer Zwangsvollstreckung.[15]

d) Die Drohung muß einen Vermögensnachteil im Gefolge haben. Dies ist nicht der Fall, wenn die Zahlung einer fälligen Schuld durch Drohungen erzwungen wurde.[16]

Entkräftbar sind nur diejenigen Geschäfte, welche durch die Drohung herbeigeführt werden sollten. Zur Abwehr eines angedrohten Übels eingegangene Geschäfte, z. B. zur Verteidigung gegen die Volkswut, sind selbstverständlich unantastbar.[17]

3. Seit alters versprach der Prätor gegen erzwungene Geschäfte nach Lage des Falles in integrum restitutio.[18]

Zu Ende der Republik stellte er aber eine eigene Klage, die actio quod metus causa, auf[19] und gab eine exceptio metus causa gegen Klagen aus dem erzwungenen Geschäfte. Seitdem ist die in integrum restitutio auf Fälle beschränkt, in welchen sie zweckmäßiger ist, als eine

---

Deutschland walten, nicht übereinstimmen. So die Praxis der Reichsgerichte, R.O.H.G. Bd. 8 S. 171, R.G. Bd. 10 S. 191, Bd. 31 S. 156. Über die letzte Entscheidung siehe Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 305. B.G.B. stimmt mit dieser Praxis überein.

15) Es handelt sich hierbei um eine besonders diffizile Frage. In l. 7 § 1 D. h. t. wird bezeugt, daß wer bei einem Diebstahl oder Ehebruch ergriffen, etwas gibt oder leistet, damit man ihn losläßt, oder damit er nicht verraten wird, die Klage wegen Zwanges geltend machen kann. Dagegen soll nach l. 21 pr. D. eod. die undankbare Freigelassene, welche vom Patron wegen ihrer Undankbarkeit in die Sklaverei zurückgefordert werden kann, keine Klage wegen Zwanges haben, wenn sie etwas dafür gibt oder verspricht, daß die Rückforderung in die Sklaverei unterbleibt. Im ersten Falle liegt eine Unsittlichkeit vor, im zweiten nicht. Der Vertrag hat hier den Charakter eines erlaubten Vergleiches. Vgl. Unger Bd. 2 S. 50 Anm. 24; Schliemann a. a. O. S. 24.

16) l. 12 § 2, l. 23 § 1 D. h. t. 4, 2.

17) l. 9 § 1 D. h. t. Kohler, Geschäfte in Notlage in Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 9.

18) Das Edikt lautete — l. 1 pr. D. h. t. — Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo; früher, d. h. wohl vor der Redaktion Julians, „quod vi metusve causa".

19) Die Klage hatte zuerst ein Prätor Octavius aufgestellt. Cicero in Verrem II. 3 cap. 65 § 152, ad Quintum fratrem I, 1, 7 § 21. Vgl. Lenel, edictum perpetuum S. 94; Rudorff, über die Octavianische Formel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 131, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 115. Sie ist auch in Fällen absoluter Gewalt und selbst bei bloß tatsächlicher Vergewaltigung, z. B. Zerstörung von Gebäuden, zulässig, l. 9 pr. § 2 D. h. t. Gradenwitz a. a. O. S. 13 weist nach, daß die actio quod metus causa älter ist, als die entsprechende exceptio; gegen ihn Karlowa a. a. O. S. 1067 Anm. 1.

Klage; namentlich ist sie noch gegen einen erzwungenen Erbschaftsantritt zulässig.[20]

Mit der actio quod metus causa ist belangbar der Erpressende, außerdem wer etwas infolge des Zwanges erlangt hat. Der Gegenstand der Klage ist in beiden Fällen aber verschieden. Der Erpressende hat vollen Schadensersatz zu leisten, an der Erpressung nicht beteiligte Dritte haben nur herauszugeben, was infolge derselben in ihrem Vermögen ist.[21]

Nach römischem Prozeßverfahren erließ der Richter der actio quod metus causa zunächst einen Befehl an den Beklagten, dem Klagebegehren nachzukommen. Im Fall des Ungehorsams des Beklagten folgte Verurteilung in das Vierfache.[22] Nach einem Jahre — annus utilis — ging die Verurteilung aber nur auf das Einfache.[23] Dem gemeinen Recht ist ein solcher Vorbescheid und der Strafzusatz fremd. —

4. In einigen besonderen Fällen waren erzwungene Geschäfte nach römischem Rechte nichtig.[24] Es gehörte hierher die erzwungene Eheschließung, denn die Ehe fordert ihrem Begriffe nach freie Einigung der Ehegatten.[25] Nach gemeinem Rechte sind erzwungene Ehen relativ nichtig.[26]

---

20) l. 21 § 5 D. h. t., siehe oben Anm. 4, l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2.

21) l. 14 §§ 3, 5 D. h. t. 4, 2; herauszugeben ist auch, was für die erpreßte Sache erworben wurde, l. 18 D. eod.

22) § 27 J. de act. 4, 6, l. 14 § 1 D. h. t. 4, 2. Die Klage war arbitraria, siehe unten § 133.

23) l. 14 §§ 1 ff. D. h. t. 4, 2.

24) Ist das erzwungene Geschäft nichtig, wenn man sich gegen dasselbe im voraus heimlich verwahrte und dadurch konstatierte, daß man es nicht wollte? Für den erzwungenen Erbschaftsantritt wird dies in l. 6 § 7 D. de a. vel o. her. 29, 2 bejaht. Celsus libro 15 digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Selbstverständlich setzt Celsus in den letzten Worten einen jussus des Herrn des Inhalts voraus, si expedit adire, adito l. 25 § 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Fallens mit Schloßmann, Zwang S. 46 und Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 123 ff., S. 340 ff. durch „heimlich" zu übersetzen und hiernach zu interpretieren: nichtöffentlicher Erbschaftsantritt ist nichtig, tut der Stelle Zwang an. Fallere heißt täuschen l. 5 § 2, l. 7 § 2 D. si mensor 11, 6, l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1; Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 95 Anm. 1. Wer aber anders sollte getäuscht sein, als der Zwingende! Es hat also der Bedrohte, ehe er den Drohenden durch den Antritt befriedigte, vorher heimlich gegen denselben protestiert; dann wird er nicht Erbe; es bedarf keiner Restitution, die Erbschaft wird weiter deferiert. So die Glosse und Bartolus zur l. 6 § 7 D. cit.; Cujacius zu Papinians liber 30 quaestionum l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2; Bangerow Bd. 3 § 605 S. 281. — Bartolus beschränkt die Entscheidung auf einseitige Erklärungen. Hierin kann man ihm Recht geben.

25) Vgl. l. 22 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Auch erzwungene Manumissionen waren nach kaiserlichen Verordnungen nichtig, l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quibus

§ 104. Betrug.

1. Betrug — Dolus im engeren Sinne — ist absichtliche, den anderen Teil schädigende Täuschung bei einem Rechtsgeschäft.[1] [2]

Der Betrug kann eine Erklärung bewirken, ohne den Willen zu derselben hervorzurufen, z. B. mittels betrügerischen Unterschiebens einer Vertragsurkunde zur Unterschrift. Die so vollzogene Erklärung ist nichtig, weil nicht gewollt. Gewöhnlich aber bezweckt der Betrug, sein Opfer zum Geschäftsschluß zu bestimmen. Gelingt dies, so kommt das Geschäft zwar zu stande, denn es ist gewollt und erklärt, aber wegen des Betrugs ist es entkräftbar.

2. Das altrömische Recht gab nur in einzelnen, besonders schreienden Betrugsfällen dem Betrogenen Hilfe.[3] Ein großer Fortschritt auf dem Wege der Billigkeit, freilich aber eine Abschwächung der Zuverlässigkeit der Verträge war, daß die Prätoren seit Ende der

---

40, 9. Es ist aber nicht nachweisbar, daß in Rom eine Verschiedenheit der Grundanschauung darüber bestand, ob erzwungene Geschäfte nichtig oder anfechtbar seien, wie Schliemann a. a. O. S. 87 ff. unterstellt, oder daß die Römer in dieser Hinsicht zwischen Geschäften stricti juris und bonae fidei unterschieden, wie man früher annahm, oder zwischen zivilen und prätorischen Geschäften, wie Czyhlarz bei Ihering, Jahrbücher Bd. 13 S. 3 ff., Hölder, Pand. § 44 behaupten, oder daß sie einen Gegensatz zwischen formellen und formlosen Geschäften machten, wie Schloßmann a. a. O. auszuführen sucht, oder zwischen abstrakten und kausalen wie Brinz Bd. 3 § 534 meint. Eine Hauptstelle, die für die Nichtigkeit angeführt zu werden pflegt, und die Vangerow die bedenklichste schien, hat Schloßmann selbst sehr gut in anderem Sinne erklärt. Es ist dies die l. 21 § 3 D. h. t. von Paulus, welcher nur verneint, daß im Falle der erzwungenen Promission einer Dos eine actio rei uxoriae gegen den Ehemann erwächst. Vgl. Vangerow Bd. 3 § 605 Anm. 2; Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 2.

26) Auch nach B.G.B. § 1335 sind sie anfechtbar, d. h. relativ nichtig.

1) Ziegler, Betrug beim Vertragsabschluß 1870. Vgl. oben S. 197. Neben die actio doli trat in Rom die öffentliche Bestrafung wegen stellionatus, l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20, Ulpianus libro 8 de officio proconsulis, quod enim in privatis judiciis est de dolo actio. hoc in criminibus stellionatus persecutio. Das deutsche Strafgesetzbuch § 263 bedroht Betrug mit öffentlicher Strafe. Doch fällt strafrechtlicher und zivilrechtlicher Betrug nicht zusammen. Der strafrechtliche fordert insbesondere die Absicht, „sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen", für den zivilrechtlichen Betrug ist dies nicht wesentlich. Es ist z. B. Täuschung zur Herbeiführung einer Heirat mit einer armen Frau, welche der Täuschende erhalten muß, zivilrechtlich Betrug. Das B.G.B. § 123 bezeichnet den zivilrechtlichen Betrug als „arglistige Täuschung".

2) Der Zweck der Täuschung muß nicht notwendig die Schädigung des anderen Teils gewesen sein; es genügt das Bewußtsein, daß die Täuschung dessen Schädigung herbeiführen kann. R.G. Bd. 23 S. 137.

3) Es gehört hierher der Schutz der Minderjährigen gegen Betrug durch die lex Plaetoria, vgl. l. 7 § 1 D. de except. praescr. 44, 1, ferner das Edikt gegen denjenigen, „qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur", l. 7 pr. D. quod falso tutore 27, 6.

Republik allgemein wegen Betrugs Klagen und Einreden aufstellten.[4] [5]

Sie gewährten aber die Klage nur gegen den Betrüger[6] und dessen Erben,[7] nicht gegen Dritte, gingen also nicht soweit, wie bei der actio quod metus causa. Denn Erpressung ist ein gefährlicherer Feind des Rechtes als Betrug, meist auch offenkundiger.[8]

3. Betrug kann in Vorspiegelung falscher Tatsachen durch Reden und Handeln, nicht minder in Unterdrückung wahrer Tatsachen durch Verschweigen liegen.[9]

Mitteilung von unbegründeten Schlüssen oder von Vermutungen bildet dagegen keinen Betrug, ebensowenig wie Verschweigen begründeter Erwartungen. Es muß sich um Tatsachen handeln.

Unbedingte Offenheit bei Abschluß eines Geschäfts kann das Recht überhaupt nicht verlangen. Verschweigen von Tatsachen ist daher nur dann Betrug, wenn es sich um Umstände handelt, welche im reellen Geschäftsleben angegeben zu werden pflegen, sowie dann, wenn man sich täuschenderweise beim Geschäftsschluß den Anschein einer vollständigen Darlegung zu geben suchte, z. B. bei einem Prospekt über eine Aktiengesellschaft.[10]

4) Die actio doli hat Ciceros Freund Aquilius Gallus zuerst aufgestellt: Cicero de natura deorum III, 30: de off. III, 14. Über die Einführung der exceptio doli vgl. l. 4 § 33 D. de dol. mal. exc. 44, 4. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 166; Vangerow Bd. 1 § 185 Anm. 1, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 198, Karlowa, röm. Rechtgeschichte Bd. 2 § 116 S. 1077. Bei den bonae fidei judicia machte man die Ansprüche wegen Betruges durch die Kontraktsklage geltend. Dies gilt heutzutage bei allen Geschäften.

5) Von einem Dritten im Interesse eines der Vertragschließenden begangener Betrug kann dem Vertragschließenden gegenüber geltend gemacht werden, wenn er ihn beim Vertragsschluß kannte oder kennen mußte und benutzte. So auch B.G.B. § 123 Abs. 2.

6) Dem Zessionar einer durch Betrug erworbenen Forderung steht die Einrede des Betruges, wie jede andere aus der Person des Zedenten entgegen. Siehe ferner l. 4 §§ 27, 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

7) Nach römischem Rechte hafteten die Erben des Betrügers nur soweit, als etwas infolge des Betruges an sie gelangt war, l. 17 § 1, l. 29, l. 30 D. de dol. mal. 4, 3. Der Umfang der Haftung nach heutigem Rechte wird im Obligationenrechte erörtert werden.

8) B.G.B. §§ 123, 124 gibt dem Betrogenen das Recht der Anfechtung binnen Jahresfrist von Entdeckung der Täuschung an, begründet also relative Nichtigkeit. Aber auch Schadenersatz wegen der unerlaubten Handlung — B.G.B. § 823 — kann der Betrogene beanspruchen.

9) l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Florentinus libro 8 institutionum. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitor, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. Vgl. R.G. Bd. 1 S. 299, l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1, l. 35 § 8 D. de contr. empt. 18, 1, wo Verschweigen von Eigenschaften der Kaufsache als Betrug bezeichnet wird, welche der Käufer nicht kannte und deren Kenntnis ihn, wie der Verkäufer wußte, vom Kaufe abgehalten hätte. Anders R.G. in Strafsachen Bd. 2 S. 430. Siehe ferner R.G. Bd. 5 S. 177.

Gerede, welches vernünftigerweise den anderen Teil nicht bestimmen konnte — s. g. Reklame — ist kein Betrug.

4. Nach seiner Wahl kann der Betrogene entweder

a) Beseitigung der Folgen des betrügerischen, sowie Schadensersatz wegen Vereitelung des erhofften Geschäftes fordern — Reszissionsklage —, oder

b) Vergütung der Wertdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem er es beläßt — Differenzklage.[11] [12]

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.[1] [2]

§ 105. Wesen der Bedingungen.

Bedingungen — condiciones — sind die von den Geschäftsparteien einem Rechtsgeschäfte zugefügten beschränkenden Bestimmungen, welche dessen Rechtswir-

10) Daher sind in der Regel Erklärungen eines Geschäftsmannes gegenüber einem anderen Geschäftsmanne über den allgemeinen Stand der Preise oder über die von ihm bei anderen Geschäften geforderten oder gewährten Preise unverbindlich. Unter Umständen können aber solche Erklärungen als betrügerische anzusehen sein. R.O.H.G. Bd. 9 S. 305. Kein Gewicht wäre u. a. auf die falsche Erklärung eines Verkäufers zu legen, daß Frau von X. die Robe gleichfalls bestellt habe.

11) Die älteren Schriftsteller unterscheiden dolus causam dans, wenn ohne den Betrug das Geschäft nicht abgeschlossen wäre, und dolus incidens, wenn der Betrug nur einzelne Modalitäten des Geschäftes herbeiführte. Beim dolus causam dans sollte das Geschäft nichtig, beim dolus incidens sollte nur Schadensersatz eintreten. Das ist quellenwidrig. Betrug als solcher begründete nach römischem Recht niemals Nichtigkeit. Allerdings behaupten viele — z. B. Vangerow Bd. 3 § 605, Regelsberger Bd. 1 § 146 Anm. 8 — daß der Betrogene nur beim dolus causam dans eine Reszissionsklage habe, daß er aber beim dolus incidens auf die Differenzklage verwiesen sei. Die hierfür angeführten Quellenstellen beweisen dies indessen nicht. In der l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1 wird eine Reszissionsklage zugestanden, si quis virginem se emere putasset quum mulier esset et sciens errare eum venditor passus est, in l. 13 § 4 D. eod. eine Differenzklage, „si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est . . .“ Eine Täuschung über die Kunst des Sklaven kann gewiß nicht minder causam dans sein, wie die über die Jungfräulichkeit der Sklavin. Betrogenen stehen eben beide Petita offen, die eine Stelle hat das eine, die andere das andere im Auge. Es ist auch nicht zweckmäßig, dem Betrogenen, welcher das Geschäft widerrufen will, aufzulegen, außer dem Betrug zu beweisen, daß er durch den Betrug zum Geschäftsschluß selbst bestimmt wurde. Dies wird tatsächlich meist mehr oder weniger zweifelhaft bleiben. Das Reichsgericht teilt jedoch die Gegenansicht, Seuff. A. Bd. 36 n. 6, Bd. 43 n. 184. Gegen die Unterscheidung Sprenger im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 88 n. 8.

12) Stellt der Betrogene die Reszissionsklage an, so muß er sich zur Herausgabe desjenigen, was er vom Betrüger empfing, Zug um Zug erbieten. Entsprechendes wird anzunehmen sein, wenn er die Reszission im Wege der Einrede geltend macht. Vgl. jedoch R.G. Bd. 26 S. 185.

kungen von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig machen.[3 4]

1. Das Wesen des bedingten Geschäftes besteht darin, daß es sich den verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft anpaßt.[5] Sehr häufig hat aber die Bedingung den besonderen Zweck, den anderen Teil zu einem Handeln oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Es wird z. B. eine letztwillige Zuwendung an die Ehe mit einer gewissen Person oder an das Nichtwiederverheiraten geknüpft, oder einem Makler eine bestimmte Geldsumme zugesagt, falls der Verkauf unseres Grundstückes durch seine Bemühung zu stande kommt. Indem man durch solche Bedingungen die Geschäftswirkung in Abhängigkeit von Ereignissen der Zukunft setzt, sucht man diese Ereignisse herbeizuführen und zu gestalten. Das Mittel hierzu ist nicht Auflegung einer Verpflichtung, sondern Angebot von Vorteilen für den Fall des erstrebten Verhaltens.[6]

2. Die Zufügung einer Bedingung hängt vom Ermessen der Beteiligten ab; sie ist Ausfluß ihrer Privatautonomie. Hierdurch unterscheiden sich die wahren Bedingungen — s. g. condiciones facti — von Rechtsbedingungen — s. g. condiciones juris —, welche

1) Die älteren Hauptwerke führt Thibaut, ziv. Abhandlungen S. 360 an. Im Jahre 1859 beklagte Fitting — in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 2 S. 24 — die unbegreifliche Vernachlässigung, welche die Lehre von den Bedingungen erfahren habe. Sie ist seitdem ein bevorzugtes Thema der Zivilisten geworden. Vgl. vorzugsweise Savigny Bd. 3 § 116; Fitting im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 39 n. 13; O. Wendt, vom bedingten Forderungsrecht 1872, das bedingte Forderungsrecht 1873; Adickes, Bedingungen 1876. Über Nebenbestimmungen überhaupt vgl. Scheurl z. L. v. d. Nebenbestimmungen 1871, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888 u. 1889; Bekker Bd. 2 S. 316; auch Karlowa, Rechtsgeschäft 1877.

2) B.G.B. §§ 158 bis 162 ruhen im wesentlichen auf dem römischen Recht; sie sind ohne dasselbe kaum verständlich, vgl. Bürg. R. Bd. 1 §§ 148 ff.

3) Die Definition ist die herkömmliche. Vgl. die Zusammenstellung bei Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 39 S. 309 ff.

4) Das Wort Bedingung ist vieldeutig. Man bezeichnet als Bedingung einmal den Bestandteil der Willenserklärung, welcher das Geschäft von einem Tatbestand abhängig macht, dann diesen Tatbestand selbst. Vgl. noch Adickes a. a. O. S. 5. — In einem anderen Sinne versteht man unter Bedingungen eines Geschäftes alle getroffenen Vereinbarungen. In diesem Sinne sprechen wir von „Geschäftsbedingungen". Über die Verwertung des Ausdruckes condicio in Rom vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 26.

5) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3, Abt. 1 S. 166. 4. Auflage.

6) l. 41 D. de contr. emt. 18, 1. Julianus libro 3 ad Ursejum Ferocem. Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Julias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret: respondit . . . si sub condicione facta emptio est, non poterit agi ut condicio impleatur. — Die Lehre von den Bedingungen wird zum großen Teil durch den Gedanken beherrscht, daß ihre Hauptbestimmung ist, eine Tätigkeit oder Unterlassung des bedingt Berechtigten hervorzurufen. Es ist dies die „Unterströmung", aus welcher sich zahlreiche Rechtssätze dieser Lehre erklären, die sonst schwer zu rechtfertigen wären. Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 40.

ein Geschäft von Rechtswegen an künftige ungewisse Ereignisse knüpfen.[7] Eine Rechtsbedingung ist z. B. bei letztwilligen Zuwendungen die, daß der Bedachte den Erblasser überlebt.

3. Man streitet darüber, was bei einem bedingten Geschäft bedingt, d. h. ungewiß, abhängig ist. Viele behaupten der Wille.[8] Aber das Wollen ist ein seelischer Vorgang, welcher sich mit dem Entschluß verwirklicht. Es war da oder nicht da. Hieran kann durch künftige Ereignisse nichts geändert werden. Wer sich — vielleicht erst nach langer Überlegung und ernstem Kampfe — entschlossen hat, eine bedingte Willenserklärung abzugeben, hat gewollt, auch wenn die Bedingung dereinst ausfällt. Nicht der Wille ist also ungewiß, sondern sein Erfolg — das Rechtsgeschäft in diesem Sinne. Mit anderen Worten die Rechtswirkung ist es, welche durch den Willen von der Bedingung in Abhängigkeit gesetzt wird.[9]

4. Die Bedingungen haben sich in Rom zuerst bei den letztwilligen Verfügungen entwickelt. Da es deren Bestimmung ist, zukünftige Verhältnisse zu regeln, so ergibt es sich bei ihnen gleichsam von selbst, daß man die verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft in das Auge faßt und hiernach verfügt. Bei Geschäften unter Lebenden sind die Bedingungen später in Gebrauch gekommen, bei zweiseitigen Geschäften, wie Kauf, Miete[10] und Gesellschaft,[11] nicht ohne Widerstreben.

Schließlich ist die Zulassnng von Bedingungen Regel geworden.[12] Doch manche Geschäfte, bei denen eine endgültige und fertige Erklärung verlangt wird, lassen Bedingungen nicht zu.[13] [14] Dies gilt überwiegend

---

7) l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1, l. 21 D. de cond. et dem. 35, 1; Eisele, condiciones juris im Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 n. 4.

8) So Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 n. 13.

9) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 175, Pietzker im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 74 n. 15.

10) Gaj. Inst. III § 146 ... jam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint, l. 20 pr. D. locati 19, 2.

11) l. 6 C. pro socio 4, 37 Justinianus ... de societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest.

12) Nach älterem Recht waren Bedingungen bei mancipatio, fragm. Vat. § 329, und in jure cessio, fragm. Vat. § 49, ausgeschlossen. Auch die bedingte Bestellung des cognitor — des in bestimmter Redeformel ernannten Prozeßbevollmächtigten der älteren Zeit — war unzulässig; dagegen konnte ein procurator unter Bedingungen und Zeitbestimmungen ernannt werden, l. 3 D. de proc. 3, 3.

13) l. 77 D. de reg. jur. 50, 17. Papinianus libro 28 quaestionum. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt ... Vgl. Enneccerus, Suspensivbedingungen §§ 3 ff.; Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 164 ff.; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 237. Nicht bloß eigentliche Bedingungen, sondern Zusätze jeder Art,

für die Geschäfte des Familienrechtes; insbesondere ist bedingte Eheschließung,[15] Kindesannahme,[16] Anerkennung eines Kindes unmöglich. Auch der Erwerb sowie die Ausschlagung einer Erbschaft kann nicht unter Bedingungen geschehen.[17]

5. Unbedingte Geschäfte nennt man „reine" — pura.[18] In weiterem Sinn verstehen wir hierunter Geschäfte ohne jede Nebenbestimmung.

§ 106. Form und Arten der Bedingungen.

1. Die einfachste Form bedingter Willenserklärungen gibt der Konditionalsatz mit „wenn", „si".[1] Aber der Verkehr wählt oft weniger prägnante Fassungen. Man sagt z. B., du erhältst das Darlehen unter der „Voraussetzung", daß dein Haus innerhalb eines Jahres fertig gestellt wird. Dies ist Bedingung. Man spricht auch wohl den einheitlichen hypothetischen Gedanken in verschiedenen Sätzen aus, z. B. ich bewillige dir das Darlehen; dasselbe wird nach Vollendung des Baues deines Hauses ausbezahlt.

2. Das bedingende Ereignis kann *tatsächlich* sein, z. B. wenn N. stirbt, oder *rechtlich*, z. B. wenn mir N. ein Darlehen gibt.

Die Bedingungen sind:

a) solche des *Geschehens*, *affirmative*, wenn sie eine *Veränderung*, oder solche des *Unterlassens*, *negative*, wenn sie eine *Nichtveränderung* zur Erfüllung fordern.

Die Formulierung der affirmativen Bedingung ist meist eine bejahende, die der negativen eine verneinende. Doch die Fassung ist nicht das Entscheidende;[2] die Bedingung „wenn du ledig bleibst" ist z. B.

---

welche die Form von Bedingungen oder von Zeitbestimmungen haben, sollen vernichtend wirken. Die Erklärung muß also unzweifelhaft aussprechen, daß der bezweckte Zustand wirklich unmittelbar eintreten soll.

14) In manchen Fällen ist die Verfügung gültig, die Beschränkungen werden gestrichen; so Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen bei Erbeseinsetzungen. Nach C.P.O. §§ 83, 84 muß man Bedingungen, die einer Prozeßvollmacht zugefügt sind, soweit es sich um das Verhältnis zum Prozeßgegner handelt, für nicht geschrieben ansehen. Das Gleiche gilt für die Bedingungen der Vollmacht eines Prokuristen, H.G.B. § 50.

15) B.G.B. § 1317 Abs. 2.

16) l. 34 D. de adoptionibus 1, 7. B.G.B. § 1742.

17) B.G.B. § 1947, vgl. § 2180 Abs. 2. Eine Bedingung läßt u. a. nach B.G.B. nicht zu die Erklärung einer Aufrechnung § 388, eine Auflassung § 925 Abs. 2, vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 148.

18) l. 2 D. de in diem addict. 18, 2, siehe unten § 106 Anm. 8, vgl. ferner unten § 116.

1) Vgl. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 84.

2) Anders Savigny Bd. 3 S. 127, vgl. Bekker Bd. 2 S. 328.

nicht minder negativ, wie wenn sie lautete „wenn du nicht heirateſt", denn in beiden Faſſungen wird eine Nichtveränderung verlangt.

b) Die Bedingungen ſind ferner poteſtative oder kaſuelle.[3]

Die poteſtativen verlangen zur Erfüllung eine Handlung oder Unterlaſſung des bedingt Berechtigten. Man nennt ſie rein poteſtativ, wenn ihre Erfüllung ausſchließlich vom Willen des Berechtigten abhängig iſt, z. B. „wenn er will" oder „wenn er den N. zum Erben einſetzt",[4] und gemiſchte, wenn ihre Verwirklichung außer der Willenserklärung des Berechtigten andere Umſtände verlangt, z. B. „wenn du den X. heirateſt".[5]

Eine wichtige Art der Poteſtativbedingungen bilden die negativen, — condiciones in non faciendo —, welche ein Unterlaſſen, z. B. Nichtwiederverheiraten zur Bedingung ſetzen.[6]

Kaſuell ſind die Bedingungen, bei deren Erfüllung der Wille des bedingt Berechtigten nicht mitzuwirken hat. Sie können in Naturereigniſſen beſtehen, z. B. im Falle der Wiederholung eines Erdbebens, oder in Handlungen Dritter.

c) Die Haupteinteilung der Bedingungen iſt in aufſchiebende — ſuſpenſive — und in auflöſende — reſolutive.

Die aufſchiebenden bedingen das Zuſtandekommen des Geſchäftes oder auch einzelner Modalitäten eines an ſich unbedingten Geſchäftes.[7] Man behält ſich z. B. bei einem Kaufe vor, daß die Zahlung des Kaufpreiſes in gewiſſen Aktien ſtatthaft iſt, wenn ſie einen regelmäßigen Börſenkurs erlangen ſollten.

Auflöſende Bedingungen bezwecken die eventuelle Aufhebung eines Geſchäftes, z. B. eines Verkaufs für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreiſes, oder eines zu Gunſten der Söhne und der Agnaten des Stifters angeordneten Familienfideikommiſſes für den Fall, daß der Stifter bei ſeinem Tode nur Töchter hinterläßt.

3) l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51; Maaßen, Ziv. Erörterungen I. Poteſtativbedingungen.

4) Hiervon handelt l. 4 § 1 D. de hered. inst. 28, 5. Ulpianus libro 4 ad Sabinum. Puto recte generaliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec „si Alexandriam pervenerit" non esse in arbitrio per hiemis condicionem, potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec, „si decem Titio dederit" esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere ...

5) Manche nennen Poteſtativbedingungen auch ſolche, deren Erfüllung vom Willen des bedingt Verpflichteten abhängig iſt, code civil art. 1169 ff., Windſcheid Bd. 1 § 89 Anm. 14. Dies iſt dem römiſchen Sprachgebrauch fremd, zudem unzweckmäßig. Denn ungleichartige Dinge mit demſelben Ausdruck zu bezeichnen iſt ſtörend und verwirrend.

6) l. 7 pr., l. 77 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 7 D. de verb. obl. 45, 1.

7) Adickes, Lehre von den Bedingungen S. 28.

Bei der Resolutivbedingung verbindet sich mit dem Hauptgeschäfte ein Nebenvertrag, welcher dasselbe bedingtermaßen aufhebt. Die Bedingung dieses Nebenvertrags ist eine aufschiebende.[8] Mit ihrer Existenz tritt der Nebenvertrag in Wirksamkeit und löst das Hauptgeschäft auf.[9] Nur indem man diese Endwirkung in das Auge faßt, kommt man dazu, das Geschäft in seiner Gesamtheit als resolutiv bedingt zu bezeichnen.

§ 107. Uneigentliche Bedingungen.

Uneigentliche Bedingungen — Scheinbedingungen — haben die Form, nicht aber das Wesen der Bedingungen. Einige sind wirkungslos, andere haben zwar rechtliche Bedeutung, aber nicht diejenige wahrer Bedingungen.

1. Scheinbedingungen sind die s. g. notwendigen Bedingungen, d. h. Ereignisse, welche unausbleiblich sind. Sie können negative sein. Mit Unrecht hat man häufig solche Bedingungen als negativ unmögliche bezeichnet;[1] denn es handelt sich nicht um eine Unterart der Unmöglichkeit, sondern um Notwendiges.

Notwendige Bedingungen sind in Wahrheit nicht bedingend, aber sie befristen unter Umständen das unbedingte Geschäft.[2] Verspricht z. B. A. dem B. 100, wenn C. sterben sollte, so liegt hierin eine Befristung, aber keine Bedingung.[3]

---

8) So sprechen sich in der Tat die römischen Juristen aus, l. 2 D. de in diem addictione 18, 2. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est, et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis; vgl. l. 4 pr. D. eod., l. 1 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Hiernach stellt auch Paulus libro 54 ad edictum l. 2 § 3 D. pro emptore 41, 4 die Frage, ob eine Klausel eine aufschiebende oder auflösende Bedingung enthalte, in folgender Art: sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur — emptio — quam implebitur. Vgl. aber auch Brinz Bd. 4 § 536 S. 112.

9) Die Auffassung hat namentlich Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 360 ff. vertreten. Sie ist die herrschende; doch finden sich auch Dissentienten, siehe Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, der aber mit Recht bemerkt: welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Vgl. die Stellen der Anm. 8.

1) l. 7 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 6 ad Sabinum geht von solcher Auffassung aus: Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi „si in caelum non ascenderit“: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet, vgl. Scheurl a. a. O. S. 107.

2) l. 9 § 1 D. de novat. 46, 2. Eine Folge zieht aus dem Satze l. 18 D. de cond. indebiti 12, 6.

2. Bedeutungslos ist auch die bloße Wiederholung einer Rechtsbedingung, z. B. in der Bestimmung des Erblassers: „wenn mich meine Frau überlebt, soll sie meine Erbin sein"; denn ohnehin kann nur Erbe werden, wer den Erblasser überlebt, — oder: „wenn meine Erben die Erbschaft angetreten haben, sollen sie dem Titius 1000 als Vermächtnis zahlen"; denn Vermächtnisse werden von Rechts wegen nur geschuldet, wenn die Erbschaft angetreten wird.[4]

3. Auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Bedingungen — in praeteritum oder in praesens collatae — sind keine wahren Bedingungen; denn sie knüpfen das Rechtsgeschäft an etwas schon Entschiedenes.[5] Waren die Geschäftsschließenden, wie in solchen Fällen die Regel ist, im Ungewissen über das Ereignis, so gibt doch die Zukunft nur eine Aufklärung über das Geschehene, nicht die Erfüllung einer Bedingung.

4. Auch unmögliche Bedingungen sind nur uneigentliche. Es sind dies Bedingungen, die sich nicht erfüllen können.

3) Vgl. l. 8 D. de verb. obl. 45, 1. Ein derartiges Versprechen enthält eine Bedingung, wenn es davon abhängig sein soll, daß die Vertragschließenden zur Zeit des Todes des C. noch leben; denn das ist ungewiß.

4) Logisch denkbar ist allerdings, daß der Erblasser den Erbschaftsantritt zur wahren Bedingung des Vermächtnisses machen wollte. Dies könnte von Bedeutung werden. Denn das Vermächtnis wird mit dem Tode des Erblassers erworben und geht auf die Erben des Vermächtnisnehmers über, wenn es bloß von einer Rechtsbedingung abhängig ist. Ist es aber von einer wahren Bedingung abhängig, so wird es erst mit deren Eintritt erworben und geht verloren, wenn der Vermächtnisnehmer vorher stirbt. Den Römern lag nun nach dem Grundsatze, daß Überflüssiges nicht zu unterstellen sei, nahe, in jenem Zusatze eine wahre Bedingung zu finden. Doch erklärte sich die herrschende Ansicht der römischen Juristen dagegen. Ulpianus libro 5 disputationum, l. 19 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1. Haec scriptura „si Primus heres erit, damnas esto dare" pro condicione non est accipienda: magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam condicionem inseruit: nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret condicionem. Vgl. l. 22 § 1 D. quando dies 36, 2, l. 107 D. de cond. 35, 1, ferner l. 12 D. de cond. inst. 28, 7. — Eine wahre Bedingung nahmen die Römer an, wenn der Erblasser das Legat an den Zusatz knüpfte: „wenn es der Legatar will", l. 69 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 65 § 1 D. de leg. I. Dies um deswillen, weil von Rechts wegen das Legat ohne Wissen und Willen des Legatars erworben wird, aber durch ihn zurückgewiesen werden kann. Der Zusatz enthält also etwas vom Rechte Verschiedenes — eine Bedingung. Der heutige Erblasser wird so fein nicht distinguieren.

5) l. 37 D. de reb. cred. 12, 1. Papinianus libro 1 definitionum: Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur, et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti „si rex Parthorum vivit centum mihi dari spondes?" eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur; l. 38. Scaevola libro 1 quaestionum: Respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire, eam debitu iri; l. 39. Papinianus libro 1 definitionum: Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur; l. 10 § 1 D. de condic. inst. 28. 7. Eine besondere Auffassung hat Fitting im Arch. für ziv. Pr. Bd. 39 S. 326 ff. und Unger Bd. 2 § 82 Anm. 15; vgl. ferner Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 132, aber auch Scheurl a. a. O. S. 100 ff.; Bekker Bd. 2 S. 321, Brinz Bd. 4 § 536.

Unmögliche Bedingungen *vernichten*, wenn sie als aufschiebende gefaßt sind, die Verfügungen *unter Lebenden*;[6] als Resolutivbedingungen sind sie wirkungslos.

Letztwillige Verfügungen aber unter aufschiebenden unmöglichen Bedingungen sind *rechtsbeständig*. Die Bedingung gilt als nicht geschrieben. Wie sich das erklärt, ist im Erbrecht zu erörtern.[7]

5. Den unmöglichen Bedingungen stehen die *unsittlichen* gleich. Unsittlich sind namentlich Bedingungen, welche eine unsittliche Handlung oder Unterlassung zur Erfüllung fordern, z. B. „wenn du die Fabrik des A. niederbrennst, erhältst du 100". Aber auch ethisch zulässige Handlungen oder Unterlassungen gelten als Bedingung dann als unsittlich, wenn ihre *Einfügung* dem *Geschäfte* den Charakter des Unsittlichen, insbesondere einer Erpressung, aufdrückt, z. B. „versprichst du mir 1000, wenn ich dir deine bei mir hinterlegten Papiere herausgebe?"[8][9]

6. *Perplexe* — widersinnige — Bedingungen sind von unmöglichen verschieden. Sie enthalten einen *inneren Widerspruch*. Daher vernichten sie als Suspensivbedingungen die Verfügung, auch die letztwillige.[10] Perplexe Resolutivbedingungen gelten als nicht geschrieben.[11]

§ 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung.[1]

Die herrschende Ansicht behauptet, es sei unmöglich, Geschäfte durch Bedingungen in die *reine Willkür des Promittenten* zu stellen.

---

6) § 11 J. de inut. stip. 3, 19, l. 1 § 11, l. 31 D. de obl. et act. 44, 7, l. 29 D. de fidejuss. 46, 1, l. 137 § 5 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. aber auch l. 9 § 6 D. de reb. cred. 12, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum. Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

7) Siehe unten Bd. 3 § 83.

8) Über unsittliche Bedingungen vgl. Brinz Bd. 4 § 539, Hölder, Pand. § 51, welcher die zweite Art der unsittlichen Bedingungen als „kaptatorische" bezeichnet, an sich nicht übel, nur ist der Ausdruck schon vergeben, unten Bd. 3 § 81.

9) Regelsberger Bd. 1 § 153 bezeichnet allgemein *Geschäfte* unter Lebenden, welche mit einer unsittlichen auflösenden Bedingung behaftet sind, als *ungültig*. Mit Unrecht. Wenn z. B. A. sein Haus dem B. so verkauft, daß der Kauf aufgehoben sein soll, wenn A. aus dem Zuchthaus kommt und in dem Hause ein Bordell errichten will, so ist nach Logik und Zweckmäßigkeit die auflösende Bedingung nichtig, der Kauf aber unbedingt. Anders nur, wenn die auflösende Bedingung dem *Geschäfte* als solchem einen unsittlichen Charakter gibt. So Savigny Bd. 3 S. 193.

10) l. 188 D. de R. J. 50, 17. Vgl. l. 16 D. de condic. institutionum 28, 7. Marcianus libro 4 institutionum: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto". Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. Hierüber siehe jedoch E. A. Seuffert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 n. 10.

11) Vgl. indessen Kipp bei Windscheid § 93 Anm. 8.

1) Die Fragen, welche hier in Betracht kommen, wurden neuerdings im Anschluß an den Kauf auf Probe — unten Bd. 2 § 95 — in einer Reihe interessante

Denn eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung sei in der Tat keine.[2] Nur auf eine sonstige *Handlung* des bedingt Verpflichteten oder auf dessen *sachverständiges* Ermessen gestellte Bedingungen seien zulässig.

Mit dieser Theorie stimmt nicht, daß die Quellen und das praktische Leben den Kauf *auf Probe* kennen, welcher unter der Bedingung geschlossen wird, daß die Ware dem Käufer gefällt.[3] Denn die Erklärung des Gefallens oder Nichtgefallens steht in der reinen Willkür des Käufers.[4]

Das Richtige ist wohl folgendes. — Es sind zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) Die Erklärung, daß man in ein angetragenes Geschäft je nach Willen und Gefallen inskünftige eintreten werde, hat häufig den Sinn, daß man den *Abschluß für jetzt ablehnt* und nur in juristisch unverbindlicher Weise einen eventuellen künftigen Geschäftsschluß in Aussicht stellt. So, wenn man einem Kaufmann erklärt, man werde die angebotene Sache kaufen, wenn man künftige Weihnachten Bedarf oder Geld oder Lust haben werde. Auch wenn der Kaufmann seine Zufriedenheit damit erklärt, kommt es hier nicht zum Geschäftsschluß. Es liegt *Dissens* vor, nicht *Konsens*.[5]

Aufsätze erörtert. Zuvörderst behandelte Goldschmidt den Kauf auf Probe eingehend und allseitig in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 5, 9, 11; ihm folgte Fitting daselbst Bd. 2 n. 5; wiederum Unger daselbst Bd. 3 n. 7 und Fitting daselbst Bd. 5 n. 3. Die Resultate dieser Aufsätze stellte zusammen Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 46 n. 11. Vgl. hierzu Unger in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 6, Franz Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 39 n. 4.

2) Die herrschende Ansicht hat namentlich Unger a. a. O. ausgeführt. Sie vertreten auch Windscheid Bd. 1 § 93; Brinz a. a. O. § 539; vgl. aber Regelsberger Bd. 1 § 153.

3) § 4 J. de empt. et vend. 3, 23. Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot".

4) Vgl. B.G.B. § 495. Allerdings stellen manche Schriftsteller in Abrede, daß der Kauf auf Probe von der Willkür des Käufers abhängig ist, andere, daß der Kauf auf Probe ein bedingtes Geschäft sei, vgl. die in Anm. 1 und 2 zitierten Schriften. Doch es handelt sich hierbei um Tatsachen, die zu erklären, nicht abzuleugnen sind.

5) Der römischen Jurisprudenz traten zunächst Fälle entgegen, in welchen die Promittenten gerade um deswillen auf ihr künftiges Wollen verwiesen, weil sie sich noch nicht binden wollten. Hiervon abstrahierte man als allgemeine Regel, daß solche Versprechen keine Obligationen erzeugten, l. 8 D. de obl. et act. 44, 7. Pomponius libro 16 ad Sabinum. Sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis . . . l. 7 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 17, l. 46 § 3, l. 108 § 1 D. de verb. obl. 45, 1, l. 13 C. de contrahenda emptione 4, 38 Diocletianus et Maximianus. In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. Allein dies war doch nur die eine Seite. Die andere ist den Römern nicht entgangen, wie sich in der Anerkennung des Kaufes

b) Ganz anders aber, wenn man ein Geschäft schließt unter der Bedingung, daß man dabei werde stehen bleiben wollen, insbesondere, wenn uns die verkaufte Ware gefallen werde. Hier liegt Konsens vor, wiewohl der Teil, welcher sich seinen weiteren Entschluß noch vorbehalten hat, vorerst freie Hand hat. Hier bildet seine künftige Erklärung nicht erst den Vertragsschluß, sondern die Erfüllung der Bedingung des geschlossenen Vertrags. Einseitig abgegeben, perfiziert sie das Geschäft; es bedarf keiner Annahme von der Gegenseite, wie dies der Fall wäre, wenn der Vertrag noch zu schließen wäre; sie ist auch nicht an die Formen gebunden, welchen der Geschäftsschluß selbst etwa unterliegt.

Nicht selten behauptet man, daß Bedingungen, deren Erfüllung vom Willen des Promittenten abhängig sei, einer besonderen Behandlung unterlägen, daß insbesondere bei ihnen Rückziehung nicht stattfinde. Dies ist nicht beweisbar.[6]

§ 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand.[1]

Das bedingte Geschäft ist zunächst in einem Schwebezustand — in pendenti. Erst die Folgezeit bringt die Entscheidung, und zwar entweder die Erfüllung — condicio exsistit —, womit das Geschäft vollwirksam wird, oder das Ausfallen der Bedingung — condicio deficit —, womit es vereitelt ist.

1. Inzwischen besteht das Recht noch nicht, welches vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht ist.

Noch kann es also nicht erfüllt werden.[2]

---

auf Probe zeigt, vgl. oben Anm. 3. Damit haben sie stillschweigend, aber deutlich rektifiziert, worin sie in ihren allgemeinen Aussprüchen zu weit gingen. Das letzte Wort ist eben: es ist eine Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden will. Das erstere nehmen die Römer namentlich an, wenn man verspricht, „si volam", das letztere „si Stichus mihi placuerit". Dies entspricht der Weise, wie man sich im Verkehr auszudrücken pflegt. Ähnliche Gedanken hat Fitting a. a. O. verteidigt. Man hat ihm vorgeworfen, er verlange einen Glauben an den Kultus des Wortes, welcher in der Lehre von der Bedingung, dem Kauf, der letztwilligen Verfügung unbegreiflich sei, Windscheid Bd. 1 § 93 Anm. 4. Dies trifft keinesfalls unsere Auffassung. Es handelt sich um verschiedene Intentionen. Aber diese Intentionen kleiden sich nach der menschlichen Verkehrssitte in verschiedene Formen. Vgl. neuestens Kipp bei Windscheid § 93 Anm. 1, aber Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 152.

6) Die Frage behandelt eingehend Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 391. Über die Hauptstelle für die Gegenansicht l. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4 vgl. unten § 274.

1) Vgl. Wächter, Württ. P. R. Bd. 2 S. 196 ff.; Scheurl a. a. O. S. 122; Wendt, vom bedingten Rechtsgeschäfte S. 2 ff. Regelsberger Bd. 1 § 155.

2) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1 sagt: si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.. l. 213 D. de V. S. 50, 16, § 4 J. de verb. obl. 3, 15: ex condicionali stipula.

Wenn gleichwohl der bedingte Schuldner, weil er die Bedingung nicht kennt oder für eingetreten erachtet, aus Irrtum zahlt, so ist er, solange die Bedingung schwebt, zur Rückforderung mit der condictio indebiti befugt;[3] nur kann, wenn er kautionspflichtig sein sollte, der Gläubiger das Gezahlte als Kaution zurückhalten. Hat aber der bedingt Schuldende, wissend, daß die Bedingung noch schwebt, gezahlt, so liegt hierin zunächst Stellung einer Kaution und erst nach Eintritt der Beendigung Schuldtilgung.[4]

Wird Eigentum unter einer Bedingung übertragen, so bleibt während ihres Schwebens der Veräußernde noch der Eigentümer der Sache; er kann sie vindizieren,[5] veräußern, belasten.[6] Durch Aushändigung erhält der bedingt Berechtigte nur juristischen Besitz;[7] durch gewinnsüchtige Veräußerung macht er sich daher der Unterschlagung schuldig.

2. Das Geschäft sichert bereits von seinem Abschluß an die Anwartschaft des bedingt Berechtigten. Dies bewährt sich in folgenden Rechtssätzen.

a) Alter Zeit entstammt die Regel des jus civile: quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.[8] Es ist wie

tione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

3) l. 16 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Pomponius libro 15 ad Sabinum. Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem exsistente repeti non potest, l. 48 D. eod., l. 38 § 3 D. de solut. 46, 3.

4) l. 16 D. de solut. 46, 3.

5) Vgl. l. 66 D. de rei vind. 6, 1. Hat der Veräußerer den bedingt Berechtigten in den Besitz gesetzt, so ist derselbe gegen die Vindikation desselben bis zur Entscheidung der Bedingung geschützt, l. 7 § 3 D. de jure dotium 23, 3.

6) Das dingliche Verfügungsrecht wurde dem Veräußerer da ausnahmsweise entzogen, wo es absolut mit den Anrechten des bedingt Berechtigten unverträglich war, so daß seine Ausübung eine fraus gegen denselben gebildet hätte, l. 11 D. de manum. 40, 1, l. 34 D. de religiosis 11, 7.

7) Denkbar ist auch, daß der bedingt Berechtigte bei der Übergabe nur bedingterweise juristischen Besitz, zunächst aber bloße Detention erhält, l. 38 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2. Mit Recht verneint aber Ihering, daß diese Konstruktion als die regelmäßige anzusehen sei; es liegt in ihr etwas überaus Künstliches. Gegen Ihering erklärte sich jedoch Scheurl a. a. O. S. 141 ff.

8) Ulpianus libro 77 ad edictum l. 161 D. de reg. jur. 50, 17. Ulpian hat hier den Ausspruch Julians in der l. 24 D. de cond. et dem. 35, 1 im wesentlichen wörtlich abgeschrieben. Die Vergleichung der beiden Stellen ergibt, daß in der l. 24 ein „non“ vor „impleri“ trotz der Florentina zu ergänzen ist. — Daß die Regel zuerst für testamentarische Freilassungen eingeführt war, dann von der Mehrzahl der Juristen auf andere letztwillige Verfügungen übertragen wurde und schließlich bei Geschäften unter Lebenden Anwendung fand, geht aus den Ausführungen Julians und Ulpians deutlich hervor. Vgl. noch l. 3 § 9 D. de cond. causa data 12, 4, l. 50 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2, l. 85 § 7 D. de verb. obl. 45, 1.

eine Wiedervergeltung gegenüber dem bedingt Belasteten, daß die Bedingung als erfüllt gilt, wenn er deren Vereitelung herbeiführt. Die Regel greift aber nicht ein, wenn die Bedingung gerade seiner Entschließung anheimgestellt sein sollte, z. B. im Falle eines Kaufes auf Probe. Keineswegs aber ist, was manche behaupten, zum Eintritt der Regel Dolus des bedingt Verpflichteten notwendig. Erfordert ist vielmehr nur, daß er die Erfüllung wider den Sinn des Geschäftes absichtlich vereitelt.[9]

b) Der bedingt Verpflichtete ist dem anderen Teile wegen schuldhafter Handlungen, insbesondere wegen Beschädigung, Zerstörung der geschuldeten Sache während der Schwebezeit verantwortlich.[10]

c) Er hat Sicherheit zu leisten, und zwar bei Vermächtnissen schlechthin, — es habe denn der Erblasser die Kaution erlassen[11] —, bei Geschäften unter Lebenden im Falle der Gefährdung.[12]

d) Der bedingte Anspruch kann im Konkurse des Schuldners angemeldet werden.[13]

e) Er ist veräußerlich und verpfändbar.[14]

§ 110. Die Entscheidung der Bedingung.

1. Affirmative Bedingungen werden erfüllt, wenn sich die zur Bedingung gesetzten Begebenheiten verwirklichen, vereitelt, wenn es feststeht, daß sie sich nicht verwirklichen;[1] negative Bedingungen sind erfüllt, wenn es sicher ist, daß sich nicht ereignet, was nach der Bedingung nicht geschehen soll, ausgefallen, wenn es sich ereignet.[2]

9) R.O.H.G. Bd. 21 S. 125, vgl. R.G. Bd. 10 S. 296, Bd. 14 S. 161, Seuff. A. Bd. 36 n. 9. Nach B.G.B. § 162 Abs. 1 gilt die Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt „wider Treu und Glauben" verhindert wurde.

10) arg. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Der Anspruch wegen der schuldhaften Handlung wird erst fällig nach Erfüllung der Bedingung. Bis dahin ist auch er bedingt.

11) l. 2 C. ut in possessionem legatorum 6, 54.

12) l. 41 D. de judiciis 5, 1, l. 38 pr. D. pro socio 17, 2. Gegen die Verpflichtung des Schuldners, für die Erfüllung einer bedingten Schuld Realsicherheit zu leisten, Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 451. Zum Schutz bedingter Ansprüche sind einstweilige richterliche Verfügungen möglich.

13) Vgl. K.O. §§ 54 Abs. 3, 67, 96, 154, 156, 168 Ziff. 2, 169, 171. Im Corpus juris besteht anscheinend eine Antinomie, vgl. l. 6 pr., l. 14 § 2 D. quibus ex causis 42, 4. Dernburg, emtio bonorum S. 97 ff.; Wendt a. a. O. S. 38 ff.

14) Bezüglich der bedingten Legate erregt Zweifel l. 41 D. de cond. 35, 1. Vgl. aber R.G. Bd. 8 S. 192.

1) Ist eine Handlung zur Bedingung gemacht, so muß sie in der Regel sobald als möglich vorgenommen werden, bei unentschuldigter längerer Verzögerung gilt die Bedingung als ausgefallen. l. 29 D. de cond. 35, 1. Julianus libro 1 ad Ursejum Ferocem. Haec condicio „si in Capitolium ascenderit" sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere".

2. Nicht selten entstehen Zweifel über die Tragweite der Bedingungen. Sie sind nicht einseitig nach den Worten, sondern nach der zu Grunde liegenden Meinung zu beurteilen, wobei der Zweck des Geschäftes und dessen Gesamthaltung oft die Anhaltspunkte geben.[3]

a) Insbesondere gibt die Auslegung von Potestativbedingungen leicht zu Streit Veranlassung.[4] Genügt es, daß der bedingt Berechtigte alles tat, was zu ihrer Verwirklichung erfordert war, auch wenn der Erfolg ausblieb, oder ist dessen Eintritt unerläßlich? Bei letztwilligen Zuwendungen, die an eine Handlung des bedingt Berechtigten geknüpft sind, welche nur unter Mitwirkung eines mittelbar interessierten Dritten vollziehbar ist, besteht ein der Erfüllung der Bedingung und damit der Verwirklichung der Honorierung günstiger Rechtssatz. Hiernach genügt bei solchen Bedingungen im Zweifel die Erklärung der Bereitschaft des bedingt Berechtigten zu der zur Bedingung gemachten Handlung, auch wenn diese an der Weigerung jenes Dritten scheitert.[5] Wer z. B. zum Erben unter der Bedingung der

2) Sind die negativen Bedingungen an eine Zeit gebunden, so sind sie erfüllt, wenn die Zeit verfloß, ohne daß das verpönte Ereignis geschah. Die Erfüllung negativer Potestativbedingungen, welche an keine Zeit gebunden sind, ergibt sich in der Regel erst mit dem Tode des bedingt Berechtigten, da nunmehr erst ausgeschlossen ist, daß er die verpönte Handlung, z. B. eine Wiederverheiratung, noch vornimmt, § 4 J. de verb. obl. 3, 15. Die verpönte Handlung kann jedoch unter Umständen auch früher unmöglich werden, z. B. „wenn du die Titia nicht heiratest", und die Titia stirbt.

3) l. 101 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 D. eod.

4) Eine Bedingung, welche durch eine Handlung des Bedachten zu erfüllen ist, fällt aus, wenn dieser zu der Zeit, in welcher er sie vornehmen konnte, dem andern Teil erklärt, daß er sie nicht vornehmen wolle; er steht damit von seinem Rechte ab. Bekker Bd. 2 S. 332.

5) l. 5 § 5 D. quando dies 36. 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum. Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si jussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit. sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quo minus paream condicioni, sed per alium stat, quo minus impleatur condicio, l. 3, l. 11, l. 23 D. de cond. inst. 28, 7. Vgl. Maaßen, Erörterungen S. 5 ff. Savigny Bd. 3 S. 138 — im wesentlichen ebenso Brinz Bd. 4 § 543 — formuliert den Satz dahin, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vorteil die Erfüllung berechnet ist, auf denselben freiwillig verzichtet. Diese Fassung ist zu eng. Denn hiernach müßte erst bewiesen werden, damit die Rechtsfolge einträte, daß die Bedingung vom Erblasser im Interesse des Dritten zugefügt war, was z. B. bei der Bedingung, eine bestimmte Person zu heiraten, schwer beweisbar wäre. Gerade dies wird daher bei Bedingungen, bei welchen Dritte mitzuwirken haben, präsumiert, und um deswillen steht die Verweigerung ihrer Mitwirkung der Erfüllung gleich. Der weitere Umfang dagegen, welchen Windscheid Bd. 1 § 92 der Präsumtion zuschreibt, läßt sich unseres Ermessens aus den Quellen nicht begründen. Doch waren die römischen Juristen selbst über die Tragweite der Präsumtion nicht einig, vgl. einerseits l. 23 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 31, l. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35, 1, l. 20 § 2 D. de statuliberis

Ehe mit der X. eingesetzt ist, erfüllt die Bedingung schon durch einen Heiratsantrag, wenn er auch zurückgewiesen wird.

Auf Geschäfte unter Lebenden ist dieser Satz nicht zu beziehen.[6]

b) Besteht die Bedingung in einer Handlung, die wiederholt werden kann, z. B. in einer Gabe an die Armen von 1000 Mark, so reicht es in der Regel nicht aus, daß eine derartige Handlung zufällig in Unkenntnis der Verfügung geschah; vielmehr gilt die Bedingung nur als erfüllt, wenn die Handlung in Kenntnis der Verfügung geschah.[7]

3. Es ist oben ausgeführt, daß es der Erfüllung der Bedingung gleichsteht, wenn der durch das Geschäft Verpflichtete kontraktwidrig diese Erfüllung hindert.[8]

§ 111. Rechtsfolgen der Entscheidung.

1. Mit dem Ausfallen der Bedingung entscheidet sich die Vereitelung des Geschäftes. Inzwischen zu seiner Ausführung oder behufs Sicherstellung Geleistetes ist zurückzuerstatten. Die Rückforderung kann bei Geschäften, die auf Vertrag beruhen, durch die Kontraktsklage geschehen.[1]

2. Eintritt der Bedingung vollendet das Geschäft. Nunmehr erst hat der bedingte Schuldner zu leisten. Deshalb muß die Möglichkeit der Erfüllung jetzt vorhanden sein. Ein bedingter Kauf z. B. wird nur perfekt, wenn die Kaufsache zur Zeit des Eintritts der Bedingung noch existiert.[2 3]

Der Eintritt der Bedingung ist eine rechtsbestätigende Tat-

40, 7 und andererseits l. 54 § 2 D. de leg. I, bezüglich deren Savignys Konjektur Bd. 3 S. 148 nicht annehmbar ist. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 154 Anm. 4. B.G.B. § 2076 besagt: Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.

6) So auch Windscheid Bd. 1 § 92 Anm. 3; anderer Ansicht u. a. Savigny Bd. 3 S. 140, zweifelnd Brinz a. a. O.

7) l. 2, l. 11 § 1 D. de cond. 35, 1, vgl. jedoch Vangerow Bd. 2 § 435 S. 118.

8) Siehe oben S. 255 f.

1) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 21 D. de sol. 46, 3; vgl. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Ohne Zweifel kann auch der zur Rückerstattung Verpflichtete wegen etwaiger Verschuldung in Anspruch genommen werden.

2) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3. Beim bedingten Kauf trifft daher den Käufer die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber des Unterganges der Kaufsache während der Schwebezeit. Näheres beim Kaufgeschäfte unten Bd. 2 § 96. Über die Verantwortlichkeit des Verkäufers, welchem der Untergang der Kaufsache zur Last fällt, vgl. oben S. 256 Anm. 10.

3) Umgekehrt genügt es, daß die Möglichkeit der Vertragserfüllung im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung besteht, wenn sie auch zur Zeit des Geschäftsschlusses nicht bestand, l. 31, l. 98 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

sache.[4] Um deswillen spricht man von einer Rückziehung — Retrotraktion — der Bedingung.

Die Theorie der Bedingungen verliert ihren Halt, wenn man, wie dies manche tun, die Rückziehung leugnet.[5] [6] Aber man geht auch fehl,

---

4) Vgl. das oben § 82 Ausgeführte.

5) Ob die Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist seit langer Zeit kontrovers. Die Kontroverse ist um so hartnäckiger, weil man unter der Rückziehung der Bedingung Verschiedenes versteht. Die Hauptschriften über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 91. Windscheid selbst in seiner Abhandlung: die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1852, und Pandekten §§ 89, 91 hat folgende Theorie: Die Rückwirkung sei Frage der Absicht der Beteiligten; im Zweifel sei sie zu verneinen, in allen Fällen bestehe eine Gebundenheit und zwar eine dingliche. Natürlich bestehe dieselbe nur für den Fall des Eintrittes der Bedingung und nur zu Gunsten des Rechtes des bedingt Berechtigten. So auch Regelsberger Bd. 1 § 156. Von dieser Konstruktion scheint auch B.G.B. §§ 158, 161 auszugehen. Mit Recht bemerkt hierüber Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 165: „jene Gebundenheit ist ein ganz unfaßbares Ding, ein Begriff, dem es noch an der genügenden Klarheit mangelt, ein Name, nichts weiter". Die Konstruktion der Rückziehung ist durchsichtiger und befriedigender. Sie ist die römische: a) Die Rückziehung der Forderungsrechte bezeugt insbesondere l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4. Gajus libro singulari de formula hypothecaria. Videamus. an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit, qui postea redidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Es wird also das Datum des Geschäftsschlusses als maßgebend erklärt. Ähnlich l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, Paulus: „obligatos esse — quasi jam contracta obligatione — in praeteritum." Vgl. auch l. 16 D. de solut. 46, 3. b) Besonders kontrovers ist die Frage der bedingten Eigentumsübertragung. Für die Annahme der Rückziehung auch in diesem Fall ist W. Sell, bedingte Traditionen 1839, gegen dieselbe Enneccerus a. a. O. S. 442, vgl. auch Vangerow Bd. 1 § 95 S. 146. Es ist zuzugestehen, daß bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten bestanden. Auf verschiedene Auffassungen weist u. a. die — übrigens mehrfach interpolierte — l. 9 § 1 D. de jure dotium 23, 3 von Ulpian, verglichen mit l. 2 § 5 D. de donat. 39, 5 von Julian hin. Wer aber die Rückziehung leugnete, mußte zu dem Ergebnis kommen, daß die Tradition unwirksam sei, wenn der Empfänger oder Tradent vor Eintritt der Bedingung stirbt. Dies aber wäre eine sehr unbefriedigende Folge. Schon deshalb fand die Rückziehung im Fall einer bedingten Eigentumsübergabe Anerkennung, vor allem in der zitierten l. 9 § 1 D. de j. d. 23, 3, l. 8 D. de r. cred. 12, 1. Pomponius libro 6 ex Plautio. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Das Darlehen wird von Pomponius als rückwärtshin vom Moment der Hingabe rechtsbeständig bezeichnet, wenn die Bedingung der Übereignung eintritt. Dies doch offenbar, weil auch der bedingte Eigentumsübergang auf den Moment der Hingabe zurückgezogen wird. Denn ein Darlehen kann erst mit der Übereignung entstehen. Durch die Zusammenstellung mit dem Fall, in welchem der Erbe legiertes Geld kreditiert, welches infolge der Ausschlagung des Legates rückwärtshin als ihm gehörig angesehen wird, tritt der Gesichtspunkt der Rückziehung noch bestimmter hervor. Enneccerus sagt selbst S. 481: „es bedeutet einen Fortschritt, daß der Privatwille eine feste, von der Fortdauer dieses Willens, der Willensfähigkeit und des Lebens unabhängige Erklärung abzugeben vermag für die Fälle, in welchen die Wirkung erst für einen späteren Zeitpunkt beabsichtigt ist oder

wenn man sie wie eine Fiktion behandelt, nach welcher das Geschäft von seinem Abschluß an wirksam wäre.

Die Bedeutung der Retrotraktion liegt darin, daß die Zeit des Geschäftsschlusses und nicht die der Erfüllung der Bedingung das Datum des Geschäftes bestimmt. Hierdurch gewinnt es den festen Pol im Rechtsleben.[7] Besonders wichtig ist dies für dingliche Rechte. Die bedingte Eigentumsübertragung schützt infolge der Rückziehung den Erwerber gegen alle Verfügungen, welche der Veräußerer bezüglich der Sache noch nach dem Geschäftsschluß vornimmt. Bedingt eingeräumte dingliche Rechte an fremder Sache, ferner bedingte Pfandrechte nehmen ihren Rang unter den dinglichen Rechten nach der Zeit ihrer Bewilligung, nicht nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung ein.

Die Rückziehung der Bedingung hat dagegen nicht die Bedeutung, daß dem bedingt Berechtigten die Nutzungen der Zwischenzeit zukommen.[8] Es steht aber nichts im Wege, sie ihm für den Fall des Eintrittes der Bedingung zuzusagen.[9] Sie gelten ihm sogar im Zweifel als für diesen Fall überlassen, wenn er vorher in den Besitz gesetzt ist,[10] z. B. bei einem Kauf auf Probe oder suspensivem Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises. Dagegen hat der Käufer dann auch den Kaufpreis von der Zeit des Besitzerwerbes an zu verzinsen, weil er nicht Sache und Preis zugleich nutzen soll.[11]

Das bedingte Recht kann erst vom Eintritt der Bedingung an durch Klage geltend gemacht werden. In diesem Sinne ist es befristet.

---

eintreten kann. Außerdem läßt die l. 9 § 1 D. de jur. dot. das Drängen nach dieser freieren Auffassung erkennen." Vgl. auch Brinz Bd. 4 § 544. Über B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 153.

6) Bei bedingten Vermächtnissen tritt die Rückziehung nicht ein. Das Nähere siehe im Erbrecht, unten Bd. 3 § 107.

7) Konsequenzen der Rückziehung bedingter Forderungen treten in folgenden Stellen hervor: l. 27 D. pro socio 17, 2, l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 9, l. 14 § 1 D. de novat. 46, 2, l. 16 D. de solut. 46, 3.

8) Für das Recht des bedingt Berechtigten auf die Nutzungen der Zwischenzeit erklärt sich Thibaut, zivil. Abhandlungen S. 363, welcher ältere Schriftsteller anführt; auch Savigny Bd. 3 S. 152 sieht hierin die Regel; dagegen sind aber die meisten Neueren; vgl. Vangerow a. a. O.

9) l. 64 D. de verb. obl. 45, 1 bezeichnet bestimmt Regel und Ausnahme.

10) Dies geht wohl aus l. 8 pr. D. de per. et comm. 18, 6 „et fructus medii temporis venditoris sunt si pendente condicione res extincta fuerit" mittels arg. a contrario hervor.

11) Der Ersitzungsbesitz des Käufers, welchem der Verkäufer eine ihm nicht gehörende Sache bedingt tradiert hat, beginnt erst mit Erfüllung der Bedingung. Dies hat man — Vangerow Bd. 1 § 95 — gegen die Rückziehung der Bedingung benutzt. Der Grund liegt aber darin, daß dem Käufer in der Zwischenzeit der Glaube, Eigentümer zu sein, also die für die Ersitzung erforderte fides, fehlte, „nondum putat se emisse", l. 2 § 2 D. pro emptore 41, 4.

112. Resolutivbedingungen.[1]

1. Das Ausfallen der Resolutivbedingungen konsolidiert das Geschäft. Etwaige für den Fall ihres Eintrittes gestellte Sicherheiten sind zurückzuerstatten.

2. Die Erfüllung der Resolutivbedingung[2] hat bald bloß persönliche bald dingliche Wirkung.[3]

a) Der Zweck kann sein, eventuell eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu begründen. In die Rechtsstellung Dritter greift sie dann nicht ein. Nur persönliche Wirkung hat z. B. der Vorbehalt, wonach der Käufer bei Nichtgefallen der Ware den Kauf aufheben darf.[4]

b) Die Resolutivbedingung kann — was freilich manche bestreiten — auch mit dinglicher Kraft ausgerüstet sein. Dann ist sie weniger harmlos. Durch ihren Eintritt wird der frühere Rechtszustand von selbst hergestellt, also jede auf dem resolutiv bedingten Geschäfte beruhende Veränderung unmittelbar beseitigt. Die Vernichtung betrifft wie den Mitkontrahenten, so auch Dritte, welche Rechte von ihm ableiten. Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.

Dem älteren römischen Rechte waren dingliche Resolutivbedingungen allerdings fremd. Sie kamen zunächst bei Verkäufen unter lex commissoria und addictio in diem zur Anerkennung.

Lex commissoria ist der Nebenvertrag, wonach der Verkauf im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises vom Ver-

---

1) Arthur Kohler im Arch. f. bürg. R. Bd. 15 S. 1. Der Begriff der Resolutivbedingung ist oben § 106 entwickelt.

2) Die Wirkung der Resolutivbedingungen besprechen: Thibaut, zivilistische Abh. S. 359 ff.; Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 1 und 8; Vangerow Bd. 1 S. 96; Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 240 ff.; Czyhlarz, Resolutivbedingung 1871; Schulin, Resolutivbedingungen 1875; vgl. weitere Literatur bei Fitting a. a. O. S. 243; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, § 90 Anm. 3, Brinz Bd. 4 § 545, Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 15.

3) Manche Schriftsteller verstehen unter „wahren" Resolutivbedingungen nur solche, die dinglich wirken, vgl. die bei Fitting a. a. O. S. 243 angeführten Schriftsteller. Fitting hat indessen nachgewiesen, daß die Römer auch bei bloß persönlich wirkenden Klauseln von Geschäften reden, die „sub condicione solvuntur". Vgl. namentlich l. 1 D. de donat. 39, 5 und l. 2 C. de cond. ob causam datorum 4, 6.

4) l. 3 in fine D. q. m. p. vel hyp. solv. 20, 6. Ulpianus libro 8 disputationem . . . ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Das gegenüber dem Käufer vor dem Eintritt der Resolutivbedingung an der Kaufsache begründete Pfandrecht bleibt also bestehen. Dagegen ist der Käufer natürlich zur Rückforderung des Kaufpreises nur befugt, wenn er die Kaufsache ohne Verschlechterung zurückgibt, also insbesondere auch frei von Pfandrechten, die während der Zeit seines Eigentums erwuchsen. Über den Grund, weswegen beim pactum displicentiae bloß persönliche Verbindlichkeiten entstanden, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 215.

käufer gelöst werden kann;[5] addictio in diem, wonach dies im Falle eines besseren, innerhalb gewisser Zeit gemachten Kaufgebotes geschehen kann.[6] Solche Klauseln würden wenig Wert haben, wenn sie der dinglichen Wirkung entbehrten. Dies gilt besonders von der lex commissoria. Sie ist von dem Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers eingegeben; ihre Bedeutung liegt in der Gewährung einer dinglichen Sicherung für die Zahlung des Kaufpreises.

Noch zu Anfang der Kaiserzeit behandelte man lex commissoria und addictio in diem als aufschiebende Bedingungen. Damit wurde zwar der Zweck erreicht, den Verkäufer dinglich zu sichern; denn er behielt das Eigentum, solange ihm der Kaufpreis nicht bezahlt, beziehentlich solange die für das Einlegen des besseren Gebotes bestimmte Frist nicht abgelaufen war. Aber im übrigen war diese Behandlung den Interessen beider Teile nicht gemäß. Denn in der Zwischenzeit entbehrte der Käufer der dinglichen Verfügungsmacht über die Sache und er gewann an ihr kein Ersitzungsrecht; den Verkäufer aber traf noch die Gefahr des Unterganges.

Der Absicht und den Interessen der Beteiligten entsprach es daher in höherem Grade, wenn man addictio in diem und lex commissoria im Zweifel als Resolutivbedingungen mit dinglicher Kraft behandelte. Dies geschah auf Grund der Autorität von Julian.[7] Resolutivbedingungen dinglicher Kraft fanden seitdem auch sonst in Rom Anerkennung.[8] [9]

5) l. 2, l. 4 pr., l. 5 D. de lege commissoria 18, 3.

6) l. 1 D. de in diem add. 18, 2. Paulus libro ad 5 Sabinum. In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.

7) l. 2 §§ 3, 4 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum. Sabinus, si sic empta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia. Sed videamus utrum condicio sit hoc, an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condiciono esse contractam. ille non contrahi; sed resolvi dicebat: quae sententia vera est. Auf die Bedeutung dieser Erörterung für die Geschichte der Resolutivbedingung hat Fitting a. a. O. S. 262 ff. zuerst aufmerksam gemacht. Vgl. auch Paul Gerber l. 41 pr. D. de r. v. Gött. Inaug.Diss. 1893.

8) Julian scheint auch die mortis causa donatio als resolutiv bedingt zu behandeln, l. 14 D. de mortis causa don. 39, 6. Dies fand freilich nur teilweise und allmählich Anklang.

9) Die dingliche Kraft der Resolutivbedingungen hat vorzugsweise Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 1 ff., 270 ff. bestritten; vgl. gegen ihn Bangerow Bd. 1 § 96 S. 149 ff. Wenn sich Rießer darauf stützt, daß Eigentum an den Rückfallsberechtigten nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes nur durch Tradition übertragen werden könne, so ist zu erwidern, daß Eigentum nicht auf ihn übertragen wird, sondern bei ihm auflebt, und zwar infolge der Klauseln, unter welchen die Tradition an den Zwischeneigentümer erfolgte. Die l. 4 § 3 D. de

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist folgende. Während des *Obschwebens* der dinglichen Resolutivklausel hat der *Erwerber alle Rechte des Eigentümers*; infolgedessen kann er die Sache veräußern, mit dinglichen Lasten beschweren und hat die Eigentumsklage. Im Fall von Gefährdungen aber steht dem anderen Teil der Anspruch auf Sicherstellung auch gegenüber dritten Erwerbern der Sache zu.

Mit dem *Eintritt der Resolutivbedingung* lebt der frühere Zustand unmittelbar auf und zwar *rückwärts hin*.[10] Doch wird der Erwerb von Früchten und anderen Vorteilen durch den Zwischeneigentümer damit nicht schlechthin zunichte gemacht. Nur eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Herausgabe dieser Vorteile aus dem Kontrakt kann eintreten.[11 12]

in diem addictione 18, 2 Ulpianus libro 28 ad Sabinum schneidet allein schon den Zweifel ab: Marcellus libro 5 Digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. — denn mit Rießer vor desinere ein non einzuschieben, ist allzu kühn. Diese Konjektur tritt auch mit dem Bericht Ulpians über die Äußerung von Marcellus in l. 3 D. q. m. p. 20. 6 in entschiedenen Widerspruch. Hierzu kommt l. 41 D. de rei vind. 6, 1, desgleichen l. 9 D. de aqua et a. p. a. 39, 3, nicht weniger l. 8 D. de lege commissoria 18, 3. Demzufolge gibt Alexander in der l. 4 C. de pactis inter emptorem 4, 54 dem Verkäufer, welcher bei Nichtzahlung des Kaufpreises von der lex commissoria Gebrauch machen will, die Vindikation. Selbstverständlich liegt hierin kein Widerspruch mit der l. 3 C. eod. von Alexander: qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi, reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, is non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. In dem vorgetragenen Falle hatte die Resolutivbedingung nur persönliche Wirkung, weil sie nur dem *Kaufgeschäfte*, nicht der *Eigentumsübertragung* anklebte; diese war nicht precario, d. h. hier nicht revokabel geschehen.

10) Anders Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 255. dem Vangerow Bd. 1 S. 150 und Arndts § 7 Anm. 6 beitreten. Nach Fittings Ansicht wirkt die Resolutivbedingung nicht *ex tunc*; sie gibt dem Rückfallsberechtigten nur *ex nunc*, d. h. vom Eintritte der auflösenden Bedingung an das Eigentum. Die inzwischen begründeten Rechte sollen nur von jetzt an aufhören, nicht rückwärts hin zusammenfallen. Für zutreffend ist diese Ansicht von Fitting nicht zu halten; vgl. Windscheid § 91 Anm. 3 und dort Angeführte. In l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2 und l. 3 D. q. m. p. s. 20, 6 wird allerdings hervorgehoben, daß die vom Zwischeneigentümer bestellten Pfandrechte endigten; ob dies aber ex nunc oder ex tunc geschieht, bleibt offen. In der l. 9 pr. D. de aqua 39, 3 erklärt Paulus libro 49 ad edictum: In diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est. ut, sive remanserit penes emptorem, sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem. Dies ist entscheidend, und zwar gegen Fitting. Der *Eigentümer* muß die Zession vornehmen; wer dies während des Obschwebens der Bedingung ist, steht endgültig noch nicht fest. Deshalb muß der Verkäufer wie der Käufer mitwirken, denn nur dann *steht es fest*, daß der *Eigentümer* zustimmte. — Daß die Rückziehung dem Charakter der Resolutivbedingung entspricht, scheint uns offensichtlich.

11) Vgl. namentlich l. 4 § 4 D. de in diem addict. 18, 2.

12) B.G.B. § 161 Abs. 2 erkennt zwar die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung ebenfalls an, aber nach Abs. 3 das. finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Bürg. R. Bd. 1 § 156.

b) Zeitbestimmungen.

§ 113. Gewisse und ungewisse Zeit.

Den Rechtsgeschäften einverleibte Zeitbestimmungen sind bald gewisse, bald ungewisse.

Es kann das Datum des Zeitereignisses ungewiß, also das „wann" fraglich sein — dies incertus quando.

Es kann aber auch der Eintritt des Zeitereignisses ungewiß, also das „ob" fraglich sein — dies incertus an.

Die Ungewißheit der ersteren Art bezeichnen wir als relative, die der letzteren als absolute.

Beides kann sich kreuzen; daher ergeben sich folgende Kombinationen:

a) Eintritt und Datum der Zeit sind gewiß im Falle ausdrücklicher Bezeichnung des Kalendertags, z. B. „3. März 1903", aber auch wenn der Kalendertag von vornherein berechenbar ist, z. B. „3 Monate a dato". Darauf kommt nichts an, ob der Tag den Beteiligten beim Geschäftsschluß bekannt war oder nicht, z. B. „Ostern übers Jahr".

b) Der Eintritt des Zeitereignisses ist gewiß, sein Datum ungewiß, z. B. am Todestage des X. Es gehört hierher auch der Fall einer Schuld zahlbar „nach Kündigung"; denn es ist nicht daran zu zweifeln, daß sie einmal gekündigt werden wird; ebenso die Verstattung der Zahlung des Kaufpreises „nach Belieben", denn darunter versteht der Verkehr eine den Umständen angemessene Frist.[1]

c) Das Datum des Zeitereignisses ist gewiß, sein Eintritt ungewiß, z. B. „bei deiner Großjährigkeit".

d) Datum und Eintritt des Zeitereignisses sind ungewiß, z. B. „am Tage deiner Verheiratung".[2]

---

1) R.O.H.G. Bd. 10 S. 234.

2) Nicht nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem Sinn sind die Rechtsgeschäfte diesen Kategorien einzuordnen. Es werden z. B. in den Gutsüberlassungsverträgen nicht selten dem Gutsübernehmer Abfindungen an seine Geschwister aufgelegt, welche bei der Großjährigkeit oder selbständigen Etablierung der Abfindlinge zahlbar werden. Dem Wortlaute des Vertrages nach scheint die Abfindung ihrer Existenz nach ungewiß, denn ob die Abfindlinge den Zeitpunkt ihrer Großjährigkeit oder wirtschaftlichen Selbständigkeit erleben, ist ungewiß. Aber die Meinung ist, daß die Abfindung schlechthin geschuldet wird, da sie Ersatz für die gebührende Erbportion ist, und daß nur ihre Fälligkeit aufgeschoben sein soll, solange der Abfindling seinen Unterhalt auf dem Hofe finden kann. Daher gehen diese Abfindungen auf die Erben der vorher verstorbenen Abfindlinge über. R.G. Bd. 8 S. 140, vgl. l. 48 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 26 § 1 D. quando dies legat. 36, 2, l. 5 C. h. t. 6, 53.

§ 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen.[1]

Nicht alle Rechtsgeschäfte lassen Zeitbestimmungen zu. Es gibt Geschäfte, wie Adoption, Emanzipation, Erbschaftsantritt, welche durch Zeitbestimmungen vernichtet werden.[2] Im Fall der Ernennung eines Erben auf Zeit ist zwar die Erbeseinsetzung gültig, aber die Zeitbestimmung gilt als nicht zugefügt.[3]

Die Zeitbestimmungen bilden *Anfangstermine*, wenn sie die Wirkung des Geschäftes vertagen, *Endtermine*, wenn sie das Geschäft beendigen.[4]

1. Wesentlich verschieden ist die Wirkung des *gewiß eintretenden* und des absolut *ungewissen Anfangstermins*.

a) *Rechte unter gewissem Anfangstermine bestehen bereits, aber ihre Geltendmachung ist aufgeschoben.*

So war früher die allgemeine Auffassung.[5] Neuerdings behauptet man meist, das befristete Recht sei Zukunftsrecht, es beginne erst mit dem Termin.[6] Dies ist nicht richtig. Dasselbe bildet ein rechtlich gesichertes Gut, das meinem Vermögen zugehört; nur seine Geltendmachung ist vertagt.

Dies gilt für Forderungsrechte,[7 8] Pfandrechte,[9] Servituten,[10] aber

1) Scheurl, Nebenbestimmungen S. 21 ff., Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 305, Bekker Bd. 2 S. 299, Salomon, das befristete Rechtsgeschäft, Berlin 1888, Siméon, das Wesen des befristeten R.G. 1889. Dazu Schuppe in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 801 ff., Niemeyer in d. krit. Vierteljahrsschrift Bd. 33 S. 352 ff. B.G.B. § 163 verweist lediglich auf die für die Bedingungen geltenden Regeln. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 157.

2) l. 77 D. de R. J. 50, 17, siehe oben § 105 Anm. 13 S. 247 f.

3) l. 34 D. de her. inst. 28, 5.

4) Die Neueren nennen Anfangstermine dies a quo, Endtermine dies ad quem. Die Römer sagen ex die und ad diem: l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, l. 4 pr. D. de serv. 8, 1, fragm. Vaticana § 50. In diem wird häufig für Anfangstermine gebraucht: § 2 J. de verb. obl. 3, 15, l. 10 C. de cond. indeb. 12, 6, l. 213 pr. D. de V. S. 50, 16, l. 22 D. de cond. inst. 28, 7, anders aber in l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

5) Vgl. Savigny Bd. 3 § 126, Wächter, Württ. P.R. Bd. 2 § 97.

6) So zuerst Unger, Österr. P.R. Bd. 2 § 83 Anm. 6 und 7. Seitdem ist die Theorie in das Schwanken geraten und krankt. Arndts hat sich § 73 Anm. 6 seit der 3. Auflage angeschlossen, vgl. auch Brinz Bd. 4 § 551. Gegen die Ansicht von Unger haben sich im wesentlichen Scheurl a. a. O. S. 29, Enneccerus S. 305, Regelsberger Bd. 1 § 158 erklärt.

7) Sehr deutlich spricht sich aus l. 46 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 12 ad Sabinum. „Centensimis kalendis dari" utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est. in diem autem dilata solutio. Obligationen, die erst in der Person des Erben des Gläubigers entstanden, waren zur Zeit des Paulus ungültig. Aber die hier besprochene war gültig, denn nur die Fälligkeit war in eine fernere Zukunft hinausgeschoben, nicht der Beginn. In gleichem Sinne charakterisiert das Verhältnis l. 213 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Cedere diem" significat incipere deberi pecuniam: „venire diem" significat eum

Übertragung des Eigentums unter einem Anfangstermin verleiht dasselbe erst mit dessen Eintritt;[11] bis dahin besteht nur ein Recht auf dessen Erwerb, welches dinglicher Natur sein kann. Dies ist in dem eigenartigen Wesen des Eigentumsrechtes begründet. Als das generelle und ausschließliche Herrschaftsrecht über eine Sache kann es solange nicht entstehen, als ein anderer noch Eigentum hat.[12]

b) Rechte, die erst von einer absolut ungewissen Zeit ab zur Existenz kommen sollen, bestehen noch nicht. Solche Befristungen haben zugleich einen bedingenden Charakter.[13]

2. Gewisse Rechtsverhältnisse sind auf bloß zeitweise Wirksamkeit angelegt.[14] Hierher gehören Miete, Mandat, Gesellschaft, Nießbrauch. Die Zufügung eines Endtermines steht hier im Ein-

---

diem venisse, quo pecunia peti possit. Die Kunstausdrücke cedere diem und venire diem erklärt Scheurl a. a. O. S. 34 dadurch, daß die Zeit als ein bewegliches Ding gedacht werde, das einen Punkt des Raumes verlasse — cedit — und dann durch Vollendung der Bewegung an einem bestimmten andern ankomme — venit. Unger beruft sich für seine Ansicht auf l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 74 ad edictum praetoris. Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti „kalendis Martiis dare spondes?“ cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Unger betrachtet den Ausdruck incipit obligatio als „den ganz genauen“; dies tut aber Paulus selbst nicht, da er ihn schließlich dahin erklärt, daß vor dem Termine nichts gefordert werden kann. Daher erklärt Paulus libro 7 ad Sabinum l. 10 D. de cond. ind. 12, 6: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

8) Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 5 will zwei Fälle unterscheiden, welche verschieden zu behandeln seien; den einen bilde die „aufschiebende Befristung“, hier soll bis zum Herankommen des Termins nichts geschuldet werden; dahin rechnet Windscheid die Acceptation eines nach 3 Monaten fälligen Wechsels. Im anderen Falle werde „ein Nebenvertrag“ geschlossen, durch welchen man auf die zeitweilige Geltendmachung eines sofort entstehenden Rechtes verzichte; so sei es bei einem nach drei Monaten rückzahlbaren Darlehen. Das sind aber Unterscheidungen, von denen das Leben nichts weiß und die ihm unverständlich sind. Eine in 3 Monaten fällige Wechselschuld ist bereits ein Vermögensaktivum, wie ein nach 3 Monaten zurückzahlbares Darlehen. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 § 157 Anm. 7.

9) l. 12 § 2 D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 14 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

10) Vgl. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1. Daß die Beschränkung der Grundgerechtigkeiten nur durch pacti oder doli exceptio geltend gemacht wurde, beruht auf historischen Gründen.

11) Ulpianus libro 51 ad edictum, l. 9 § 2 D. usufructuarius quemadmodum 7, 9. Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem ejus perventuram.

12) Dasselbe gilt für die Zession einer Forderung, sie steht auf einer Linie mit der Sachveräußerung.

13) Über Vermächtnisse, die an eine ungewisse Zeit geknüpft sind, vgl. unten Bd. 3 § 107 Anm. 7.

14) Vat. fragm. §§ 48—50, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10, 2, l. 6, l. 30 D. de usu et usufr. legato 33, 2, l. 5 C. de usufructu 3, 33.

klang mit ihrer Natur. Er begrenzt das Rechtsverhältnis, *betrifft aber die aus ihm erwachsenen Ansprüche nicht.*[15]

Rechte anderer Art widerstreben einer Begrenzung durch Endtermine. Insbesondere gilt dies für das *Eigentumsrecht*. In der klassischen Zeit ließ man daher nur Verträge zu, durch welche sich der Erwerber *persönlich* zur Rückerstattung nach einer gewissen Zeit verpflichtete. Justinian jedoch gab dem Endtermine des Eigentumes dinglich wirkende, unmittelbar auflösende Kraft.[16]

§ 115. c) *Modus*.[1] *Voraussetzung*.

I. Modus ist die *an eine Zuwendung geknüpfte* Auflage.[2] Der Modus wird namentlich bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen erwähnt; er ist aber bei einseitigen Zuwendungen jeder Art zulässig, z. B. bei einer Auslobung, einer Privilegienerteilung.[3]

---

15) Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 2, § 86 Anm. 6 betrachtet den Endtermin wie die Resolutivbedingung als einen dem Hauptgeschäft zugefügten, dasselbe mit dem Eintritt des Termins vernichtenden *Nebenvertrag*. Hierüber vgl. Bekker Bd. 2 S. 313. „Ich verpflichte mich, dem X. einen Tag zu arbeiten", heißt dies: „ich verpflichte mich für alle Zeit unter dem Nebenvertrag, daß die Verpflichtung nach einem Tag außer Kraft trete"?

16) In der klassischen Zeit war die Verleihung von Eigentum unter einem Endtermine nichtig; denn das Eigentum galt als ein begrifflich dauerndes Recht. Fragm. Vat. § 283 Diocletianus et Constantius: Si stipendiariorum — praediorum — proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Eine persönliche Verpflichtung zur Rückübertragung der Sache nach gewisser Zeit konnte jedoch bei der Übereignung dem Erwerber aufgelegt werden, l. 2 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Dieselben Grundsätze galten für das Vermächtnis von Eigentum auf Zeit. — Im justinianischen Rechte ist dies alles grundsätzlich geändert. Hier gilt die Konstitution Diokletians l. 2 C. de donat. quae sub modo 8, 54: Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus, qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est conservanda. Entsprechendes verordnete Justinian für Vermächtnisse, l. ult. C. de legatis 6, 37. Die Allgemeinheit der Fassung dieser Verordnungen weist darauf hin, daß eine Eigentumsübertragung auf Zeit allgemein zulässig sein soll. Auch ist wohl nicht zu bezweifeln, daß der Endtermin — sofern die Absicht der Beteiligten hierauf gerichtet ist — nunmehr wie die Resolutivbedingung dinglich wirken soll. Doch suchen manche, z. B. Schulin a. a. O. S. 199, die entgegengesetzte Ansicht zu begründen. Vgl. auch Pflüger im Archiv für z. Pr. Bd. 78 S. 406.

1) Vgl. Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 1 Abh. 4: von dem wesentlichen Unterschiede und dem Kennzeichen des modus und der condicio, insonderheit bei Legaten, ferner Savigny Bd. 3 §§ 128 ff., Bekker Bd. 2 S. 358. B.G.B. behandelt die „Auflage" nur bei der Schenkung §§ 525 ff., und bei den letztwilligen Zuwendungen §§ 2186 ff. Vgl. aber auch Bürg. R. Bd. 1 § 158 II.

2) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 1 ff. weist nach, daß der Modusbegriff der klassischen römischen Jurisprudenz noch fremd war. Die technische Bedeutung als *Beschränkung* durch eine *Auflage* findet sich erst im Titel Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata 6, 45 und im Titel Cod. 8, 54 de donationibus, quae sub modo.

3) Auflagen, welche bei *zweiseitigen* Geschäften einem Teil z. B. dem Käufer

Die Form des Modus ist oft „unter der Bedingung, daß". Dies ist nicht Zufügung einer Bedingung im technischen Sinne. Inhalt des Modus ist meist eine geldwerte Leistung,[4] aber auch andere Handlungen können ihn bilden, z. B. Annahme des Namens des Erblassers.[5]

Geschäfte unter einem Modus verfolgen doppelte Zwecke. Hauptzweck ist die Zuwendung an den Bedachten; dieser Zweck bestimmt den Charakter des Geschäftes; Nebenzweck ist die Verwirklichung der Auflage. Die Auflage muß in der Absicht geschehen, rechtlich zu verbinden. Sonst liegt ein bloßer Rat[6] oder ein Wunsch vor, dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgefühl des anderen Teiles erwartet, der aber eine rechtliche Bedeutung nicht hat.

Der Zwang zur Erfüllung des Modus geschieht in verschiedener Weise bei letztwilligen Verfügungen und bei Schenkungen.

1. Bei letztwilligen Verfügungen haben vorzugsweise die Erben die Erfüllung des Modus zu betreiben. Es werden heute ferner nicht selten Testamentsvollstrecker bestellt, welche für die Erfüllung der Auflagen des Erblassers zu sorgen haben.

2. Den Modus bei Schenkungen[7] hat der Schenker oder nach seinem Tode sein Erbe zu wahren.

a) Er ist zur Zurückforderung des Geschenkes befugt, wenn der Modus in der festgesetzten oder angemessenen Zeit nicht erfüllt wurde. Zu diesem Zwecke hat er eine persönliche Klage — eine condictio;[8] bestand die Auflage in Alimenten an den Geschenkgeber, außerdem eine vindicatio utilis des Verschenkten.[9]

---

gemacht werden, z. B. daß er einen Mieter in dem verkauften Hause wohnen läßt, gestalten sich, wenn sie klagbar sind, zu kontraktlichen Verbindlichkeiten, so daß die Eigentümlichkeiten des Modus nicht eintreten. Es können aber auch Auflagen zugefügt sein, welche nicht durch Klage erzwingbar sind, z. B. daß der Käufer die Nichte des Verkäufers heiratet. Dann sind die Grundsätze des Modus anzuwenden, Bekker Bd. 2 S. 358, Pernice a. a. O. S. 6.

4) l. 17 § 4 D. de condicionibus 35, 1. Gajus libro 2 de legatis ad edictum praetoris. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videbitur.

5) Vgl. ferner l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45.

6) Es sind namentlich Zweckbestimmungen nicht verbindlich, bei welchen bloß das Interesse des Bedachten in Frage steht, l. 13 § 2 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1. Es verhält sich aber bei letztwilligen Verfügungen anders, wenn der Erblasser in der Erfüllung einer derartigen Auflage zugleich ein eigenes, wenn auch nur ideelles Interesse verfolgt. Vgl. unten Bd. 3 § 84.

7) Savigny Bd. 4 S. 280.

8) l. 3, l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6. Nach B.G.B. § 527 kann der Schenker das Geschenk nur insoweit zurückfordern, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

9) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus . . .

b) Auch auf Erfüllung des Modus kann der Schenker, — welcher seinerseits geleistet hat, mit actio praescriptis verbis — klagen, wenn es sich um eine geldwerte Leistung handelt, zu welcher sich der andere Teil durch Annahme des Geschenkes verbunden hat.[10]

Handelt es sich um eine Auflage zu Gunsten eines Dritten, so hat dieser bereits nach römischem Rechte die Klage auf Erfüllung, trotzdem in Rom in der Regel Dritte aus Verträgen zu ihren Gunsten nicht klagberechtigt waren.[11]

Der Modus ist der aufschiebenden Potestativbedingung verwandt. Auch sie verbindet mit dem Geschäfte das Bestreben, den andern Teil zu einem Tun oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Beide Klauseln erreichen aber ihr Ziel in verschiedener Weise. Die Bedingung nämlich suspendiert, der Modus verbindet.[12] Die Zufügung einer Bedingung übt den stärkeren Druck aus. Denn das Geschäft verwirklicht sich nur, wenn der bedingt Berechtigte die ihm auferlegte Handlung vollzogen hat. Dies aber führt oft zur Vereitelung des Geschäftes überhaupt. So bei bedingten Vermächtnissen, falls der Vermächtnisnehmer stirbt, ehe er die ihm zur Bedingung gesetzte Handlung vollziehen konnte. Wird der Weg des Modus gewählt, so besteht diese Gefahr nicht. Denn die Zuwendung bleibt rechtsbeständig, wenn die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich war, oder hinterher ohne Schuld des Belasteten unmöglich wird[13] oder unsittlich ist. Hierin bewährt sich, daß es sich um Nebenzwecke des Geschäftes, nicht um dessen Hauptzweck handelt. Im Interesse der Erhaltung der Geschäfte nimmt man daher im Zweifel einen Modus, nicht eine aufschiebende Bedingung an.[14] —

II. Nicht von allen neueren Juristen wird der Modus als besondere Geschäftsform anerkannt. Vielen geht er in dem Begriffe der Voraussetzung auf.[15]

---

vindicationem utilem . . . impetrare potes. id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Das Nähere über die vindicatio utilis s. unten § 225.

10) l. 9, l. 22 C. de donat. 8, 35. Ebenso B.G.B. § 525 Abs. 1.

11) l. 3 C. de don. quae sub modo 8, 54.

12) Savigny Bd. 3 S. 231.

13) l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45, l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6.

14) Pfeiffer a. a. O. S. 30, Savigny Bd. 3 S. 231.

15) Windscheid, die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung 1850, Pandekten Bd. 1 §§ 96 ff. und im Archiv f. z. Pr. Bd. 78 n. 6. Vgl. Gradenwitz, Begriff der Voraussetzung, Berlin 1880, Dissertation; Lenel, Archiv f. ziv. Pr. Bd. 74 S. 213 und schlagend Bd. 79 n. 2, Hipp, Rückforderung wegen Wegfalls des Zweckes, Gött. Inaug.-Diss. 1889, Bekker Bd. 2 S. 367, Hölder, Pand. § 54, R.G. Bd. 19 S. 50, Bd. 21 S. 180 und namentlich R.G. Bd. 24 S. 170 ff. Vgl. auch Bolze im Archiv f. z. Pr. Bd. 78 S. 457.

Windscheid, der Schöpfer dieser Lehre, bezeichnet als Voraussetzung jede Vorstellung, welche eine Partei zum Geschäftsschluß bestimmte, indem sie etwas als geschehen erachtet, oder als zukünftig geschehend erwartet. Nicht erforderlich sei, daß dies ausdrücklich erklärt wurde. Ergebe sich hinterher die Unrichtigkeit des Vorausgesetzten, so sei anzunehmen, daß der erklärte Geschäftswille kein „eigentlicher", kein „wahrer" sei, was Anfechtung des Geschäftes begründe. Hiernach charakterisiere sich die Voraussetzung als „unentwickelte Bedingung". Das heißt aber die Verträge unterhöhlen. Das zweiseitig Festgestellte und Vereinbarte soll wegen einseitiger, nicht einmal erklärter Parteivorstellungen in Frage gestellt werden können. Damit wäre die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs gefährdet. Im Leben ist man sich auch vollständig darüber klar, daß man Geschäfte fest abzuschließen hat auf die Gefahr hin, daß die Voraussetzungen, die man beim Abschluß annahm, sich nicht verwirklichen.[16]

Ein allgemeiner Begriff der Voraussetzung ist nicht zu verwerten. Nur was Geschäftsbestandteil ist, hat vielmehr rechtliche Bedeutung, insbesondere der Grund einer Vermögenszuwendung[17] — deren causa — sowie die ihr zugefügte Auflage — der modus.[18]

Nicht um deswillen, weil die Erfüllung des Modus „vorausgesetzt" ist, sondern um deswillen, weil er einen Bestandteil des Geschäftes bildet, begründet seine Nichterfüllung eine Anfechtung.

§ 116. d) Allgemeines über Nebenbestimmungen.

1. Herkömmlich und zweckmäßig faßt man Bedingungen, Befristungen und Modus als Nebenbestimmungen der Geschäfte zusammen.[1]

16) So auch Kuntze im sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozeß Bd. 2 S. 678.

17) Vgl. oben § 95.

18) Nicht selten ist, was die Beteiligten Voraussetzung nennen, in Wahrheit aufschiebende Bedingung. So war es in dem vom R.O.H.G. Bd. 19 S. 50 und in dem R.G. Bd. 25 S. 169 beurteilten Falle; die Motive der ersteren Entscheidung schließen sich jedoch durchaus Windscheid an, die der letzteren treten ihm entgegen.

1) Viele Schriftsteller bezeichnen die Nebenbestimmungen als „Selbstbeschränkungen". So Savigny Bd. 3 S. 120; Windscheid Bd. 1 zu § 86. Diese Charakterisierung ist nicht zutreffend. Natürlich begrenzen Bedingungen und Zeitbestimmungen das Geschäft. Dies ist aber bei jeder Geschäftsbedingung der Fall, z. B. bei der Bestimmung des Kaufobjektes. Das Rechtsgeschäft, wie jede Willenserklärung, individualisiert sich durch seine Begrenzung. Charakterisiert man aber Bedingungen und Zeitbestimmungen als „Selbstbeschränkungen", so muß man etwas anderes, Besonderes meinen. Man stellt sich das Verhältnis so vor, als ginge der Gedanke primär auf eine unbedingte oder unbetagte Wirkung, dieselbe werde dann durch einen zweiten Gedanken eingeschränkt. Dies gerade ist nicht richtig. Wer einem Makler 100 verspricht für den Fall, daß er einen Käufer für ein Haus findet, denkt nicht daran, die Summe unbedingt zu versprechen. Das Versprechen wird in keiner anderen Weise durch die

Allerdings wird dies von manchen als unrichtig bekämpft. Denn Bedingungen und Befristungen eines Geschäftes sind keineswegs für die Kontrahenten etwas nur Untergeordnetes, vielmehr untrennbare Bestandteile des Geschäftes.[2]

So richtig dies für das einzelne bedingt oder betagt geschlossene Geschäft ist, so lassen sich doch zutreffend die genannten Klauseln *in dem Sinne* als Nebenbestimmungen bezeichnen, als sie nicht zu den dem Geschäfte seinem *Begriffe* nach wesentlichen Punkten gehören.[3] Beispielsweise ist Umsatz von Waren gegen Geld Kaufgeschäft, mag es nun bedingt oder unbedingt vereinbart sein.

2. Immerhin verhalten sich die Nebenbestimmungen zum Hauptgeschäft in verschiedener Weise, was besonders von Wichtigkeit *für die Beweislast* ist:

a) Wenn der Beklagte gegenüber der Klage aus einem Geschäfte eine *aufschiebende Bedingung* oder eine *Zeitbestimmung* einwendet, so macht er geltend, daß das wirklich geschlossene Geschäft ein *anderes* sei, als das durch die Klage behauptete reine. Dieses Geschäft hat er also nicht zugestanden. Daher hat *Kläger* den *reinen Abschluß des Geschäftes* seinerseits zu beweisen.[4 5]

Bedingung, als durch den Summenbetrag begrenzt. Es wird damit einfach der Inhalt des Geschäftes festgestellt. Vgl. Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 S. 307, Brinz Bd. 4 § 550.

2) Um deswillen polemisiert namentlich Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 S. 308 gegen die Auffassung der Bedingungen als Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

3) Vgl. oben § 93, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 211, Bekker Bd. 1 S. 285.

4) So R.O.H.G. Bd. 23 S. 52 und die dort angeführten Urteile, ebenso R.G. Bd. 18 S. 157. Vgl. namentlich Stölzel, Schulung, 3. Aufl., Bd. 1 S. 145; Robert Schneider, über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahiert worden, in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 9 S. 1 ff.; Pöschmann, über die Natur des s. g. qualifizierten Geständnisses 1863; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 4; Scheurl a. a. O. S. 329; Enneccerus S. 215. Dagegen lehrte Puchta, Pandektenvorlesungen § 98: Die Behauptung der Suspensivbedingung sei die Behauptung „eines besonderen Mangels", für dessen Abwesenheit eine Rechtsvermutung streite. In ähnlicher Weise nimmt Wächter, Württ. P.R. Bd. 2 S. 450 ff., eine Vermutung für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechtes an. Ähnlich auch Fitting in Ztschr. f. Zivilproz. Bd. 13 S. 1, Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. A. Allgemeine Einleitung Anm. 57, Beck, Beweislast nach B.G.B. S. 156. Ein Nachweis für eine derartige Rechtsvermutung ward aber nicht erbracht. Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 5, § 157 Anm. 6 will die Frage — mit Berufung auf Bekker § 114 Beil. I, § 116 Beil. III — nicht „einförmig", sondern nur mit Rücksicht auf die „Beschaffenheit der durch das Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen" beantwortet wissen. B.G.B. entscheidet die Frage nicht ausdrücklich.

5) Kläger kann seiner Beweispflicht durch Zuschiebung eines *Schiedseides* an den Beklagten genügen. Dieser hat dann den Eid dahin zu leisten, daß das Geschäft bedingt oder befristet geschlossen wurde und zwar durch *die von ihm bei Leugnen der Klage behauptete Bedingung oder Befristung*. Hat aber

b) Wendet der Beklagte dagegen ein, das vom Kläger behauptete Geschäft sei unter einer auflösenden Bedingung oder einem Modus geschlossen, so liegt hierin ein Zugeständnis der Klagetatsache und die Einwendung einer Nebenwillenserklärung, welche Beklagter zu beweisen hat.[6]

Der Beweis liegt dem Beklagten ferner, aber aus einem anderen Grunde dann ob, wenn er die nachträgliche Zufügung einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung zum Geschäfte vorschützt. Denn hierdurch stellt er die Behauptung einer partiellen Aufhebung des ursprünglich „reinen" Geschäftes auf, und diese zu beweisen ist stets Sache des Beklagten.[7]

VI. Stellvertretung.

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung.[1][2]

I. Beim Abschluß von Rechtsgeschäften werden häufig Dritte für uns tätig. Ihre Tätigkeit ist entweder eine stellvertretende oder eine bloß unterstützende.

Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hilfe ist unverkennbar, die Abgrenzung beider aber schwierig. Das entscheidende Merkmal ist darin zu finden, ob der Dritte den Geschäftsschluß durch seine Entschlüsse bestimmt oder nicht.[3] Denn die Entschließung über

der Kläger durch Urkunden oder Zeugen den „reinen Kontraktschluß" bewiesen, so ist es Sache des Gegenbeweises des Beklagten, die von ihm behauptete Bedingung oder Befristung zu beweisen, beziehungsweise über deren Nichtzufügung beim Geschäft dem Kläger den Eid zuzuschieben. R.O.H.G. Bd. 12 S. 202.

6) R.O.H.G. Bd. 2 S. 95, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 411, Entsch. Bd. 28 S. 145.

7) Vgl. unten § 159.

1) Umfassende Literaturangaben finden sich bei Windscheid Bd. 1 § 73. Hervorzuheben sind Buchka, Stellvertretung 1852, Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 §§ 54 ff., die Aufsätze von Ihering und von Scheurl in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 n. 7, Bd. 2 n. 1 und 3; Hellmann, Stellvertretung 1882; Mitteis, Stellvertretung 1885; Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Iherings Jahrb. Bd. 36 n. 1; Schloßmann, Stellvertretung Bd. 1 1900, Bd. 2 1902; Hupka, die Vollmacht 1901; Bürg. R. Bd. 1 § 160. Vgl. auch F. Frese, L. v. d. beauftragten Vermögensverwaltung 1889, A. Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen 1893.

2) Die Römer haben keinen Ausdruck, welcher demjenigen der Stellvertretung entspricht. Das Wort Stellvertretung selbst wird erst seit kurzer Zeit in unserer Rechtssprache verwertet. Das A.L.R. für die preußischen Staaten kennt es noch nicht, vgl. I, 7 § 45; Heise, Grundriß, bedient sich des Ausdruckes „Mittelsperson"; Mühlenbruch, Zession 1. Aufl. 1817, spricht von Stellvertretung, das B.G.B. sagt „Vertretung".

3) Die Römer unterscheiden das „per liberam personam adquirere" und das „ministerium tantummodo praestare", l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5. l. 1 § 1 D. de proc. 3, 1. Auf scharfe Sonderung der Begriffe „Stellvertreter" und „Gehilfe" drang namentlich Ihering a. a. O. Bd. 1 S. 275. Stellvertreter ist

unsere Angelegenheiten ist recht eigentlich unsere Sache, etwas Persönliches. Wen man hierzu ermächtigt, den setzt man im wahren Sinne des Wortes an seine Stelle.

Stellvertreter ist also, wer Geschäfte, die uns angehen sollen, für uns abzuschließen hat.

Wo die endgültige *Entschließung beim Geschäftsherrn bleibt*, sind Dritte, die mittätig sind, bloße *Gehilfen*. Sie haben keine Vollmacht, sondern bloße Aufträge. Nur Gehilfe ist insbesondere der Bote, welcher dem Mitkontrahenten unsere Erklärungen mitteilt, er hat keine andere Funktion als ein Brief.[4] Er bleibt bloßer Gehilfe, wenn er auch beauftragt wird, die Erklärung des anderen Teiles an unserer Statt in Empfang zu nehmen.[5] Der *Makler* ferner, welcher das Geschäft *vorbereitet*, Mitkontrahenten aufsucht, die gegenseitigen Erklärungen übermittelt, ist *Gehilfe*.[6]

II. Die Stellvertretung ist entweder eine *unmittelbare* — direkte — oder *mittelbare* — indirekte.[7]

1. *Der unmittelbare Stellvertreter schließt das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn*,[8] d. h. dieser erscheint als die *Geschäftspartei*, nicht er selbst persönlich. Es ist nicht notwendig, daß das Geschäft ausdrücklich auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt wird. Vielmehr genügt es, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Vertretene die Geschäftspartei ist, z. B. N. verkauft im Laden des A. Waren als dessen Kommis.

Zwei Auffassungen der unmittelbaren Stellvertretung stehen sich gegenüber. Nach der einen ist der *Stellvertreter* der wahre *Kontrahent*, aber die *Wirkungen* des Geschäftes betreffen bloß den *Geschäftsherrn*,[9] s. g. *Repräsentationstheorie*.

---

ihm, wer eine *spezifisch-juristische Handlung*, Gehilfe, wer *faktische Dienstleistungen* auszurichten hat. Windscheid Bd. 1 § 73 Anm. 2 dagegen stellt neben den Stellvertreter „im Willen" den Stellvertreter „in der Erklärung". Die Behandlungsweise Iherings ist vorzuziehen, weil sie einen wesentlichen, in der Sache liegenden Gegensatz scharf markiert.

4) Vgl. auch l. 37 D. ad S. C. Treb. 36, 1, l. 65 § 3 D. eod., Mitteis a. a. O. S. 128, Leonhard, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 11.

5) Manche nehmen an, der Bote sei in diesem Falle Stellvertreter. Einen geistigen Anteil an dem Rechtsgeschäfte hat er aber nicht, — er bleibt Gehilfe.

6) Vgl. über die Zivilmakler — im Gegensatz zu den Handelsmaklern — Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 36 n. 24, Bd. 37 S. 27 ff., Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. Aufl. S. 322 ff.

7) B.G.B. § 164 ff. behandelt als „Vertretung" nur die unmittelbare Stellvertretung.

8) In diesem Sinne kommt „alieno nomine" handeln auch bei den Römern vor, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1. Es hat aber in den Quellen auch den all-

Nach der anderen Auffassung, die wir für die richtige halten, ist der Geschäftsherr selbst der Kontrahent,[10] so jedoch, daß der Stellvertreter mit ihm nach Maßgabe seiner Vollmacht zusammenwirkt. Das Geschäft wird also durch den Willen beider erzeugt.[11] Beide sind dessen Begründer, und zwar primär der Vertretene, sekundär der Stellvertreter.[12]

2. Der mittelbare Stellvertreter schließt Geschäfte auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen.[13]

---

gemeineren Sinn: in jemandes Interesse handeln, Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 31 ff.

9) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie vertritt Buchka a. a. O.; Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 186; Schloßmann ebendaselbst Bd. 16 S. 4. Windscheid Bd. 2 § 313 Anm. 4 erklärt sie durch eine Fiktion, „die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingiert".

10) Diese Ansicht verteidigt Savigny, Obligationenrecht S. 59; Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 19. Neuerdings begründet sie sorgfältig Hellmann a. a. O. Die Römer sind von ihr ausgegangen, wo immer sie direkte Stellvertretung zuließen, vgl. die von Hellmann a. a. O. S. 39 ff. angeführten Stellen. Insbesondere ist sprechend l. 22 D. de manum. vind. 40, 2, wo vom Vater, welcher seinem Sohne Vollmacht zur Freilassung von Sklaven gibt, gesagt wird, „electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit", ferner l. 7 pr. D. de calumniatoribus 3, 6. Paulus libro 10 ad edictum: si quidem mandatu meo datum est. vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor.

11) Mitteis a. a. O., insbesondere S. 109, betont scharf, daß bei der direkten Stellvertretung sowohl der Vertretene als der Vertreter juristisch handeln und vereint das Rechtsgeschäft erzeugen. Vgl. Leonhard a. a. O. S. 19, Hölder, Pand. § 57, Randa, Eigentumsrecht 2. Aufl. S. 369. Es ist dies ein Gedanke, dem ich von jeher folgte, der aber allerdings von Mitteis bestimmter akzentuiert ist. Hiernach beantwortet sich die schwierige Frage, auf wessen Wissen, Verschuldung es ankommt, ob auf diejenigen des Vertretenen oder des Vertreters? Soweit die Gestaltung des Geschäftes durch den Prinzipal geschah, ist dessen Wissen, Irrtum, Dolus oder Verschuldung entscheidend; soweit der Vertreter das Geschäft bildete, ist auf dessen Kenntnis und Absicht zu sehen. Nach der Repräsentationstheorie käme es nur auf Wissen und Wollen des Vertreters an, was zu sehr unbilligen und unpraktischen Resultaten führt. Wenn z. B. jemand weiß, daß eine Sache dem nicht gehört, welcher sie zum Verkauf ausbietet, und er beauftragt seinen Handlungsgehilfen, der dies nicht weiß, zum Ankauf, so kann er nicht als gutgläubiger Erwerber gelten, trotz des redlichen Glaubens seines Bevollmächtigten. Die Repräsentationstheorie muß folgerecht das Gegenteil annehmen. Die römischen Stellen, welche unsere Frage berühren, l. 12, 13 D. de contr. e. 18, 1, l. 51 D. de aed. ed. 21, 1, l. 16 §§ 3 u. 4, l. 22 D. de lib. causa 40, 12 behandeln überwiegend Fälle s. g indirekter Stellvertretung und sind darum für die direkte nicht maßgebend. Wie hier im wesentlichen auch B.G.B. § 166.

12) Auch das R.G. Bd. 3 S. 121 nimmt an, daß der Prinzipal der Kontrahent sei, und leitet hieraus folgenden Satz ab. Wenn Beklagter gegenüber der Klage einen Geschäftsschluß zugebe, aber behaupte, daß er nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten abgeschlossen habe, so sei dies Leugnen der Klage, nicht ein vom Beklagten zu erweisender Einwand. Denn Beklagter behaupte hiermit ein anderes Geschäft, als das in der Klage vorgetragene. Es müsse also Kläger behaupten, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 152.

13) Es besteht ein terminologischer Streit darüber, ob man auch diese Art des Geschäftsschlusses Stellvertretung nennen könne. Ihering a. a. O. Bd. 1 S. 212 ff.

Der mittelbare Stellvertreter ist die Geschäftspartei. Er allein ist hiernach seinem Mitkontrahenten gegenüber persönlich berechtigt und verpflichtet; der Geschäftsherr hat diesem gegenüber grundsätzlich weder Rechte noch Verpflichtungen.

Jedoch sind die Geschäfte zum Nutzen und Schaden des Vertretenen. Sie gehen auf dessen Rechnung. Denn der Vertretene kann einerseits von dem Vertreter Herausgabe dessen fordern, was dieser infolge des Geschäftsschlusses erwarb; er muß ihm andererseits Aufwendungen ersetzen und Verbindlichkeiten abnehmen, welche ihm infolge des Geschäftsschlusses zur Last fielen.

§ 118. Stellvertretung nach römischem Rechte.[1]

1. Die direkte Stellvertretung war dem älteren römischen Rechte fremd. Die ungehemmte Entwicklung hat sie in Rom nie gefunden.[2]

Die römische Gestaltung der *hausherrlichen Gewalt* ließ sie dem römischen Verkehr zeitweise entbehrlich erscheinen. Denn dem Hausherrn gehörte von Rechts wegen alles, was seine Sklaven erwarben, wie auch was Sklaven in seinem Nießbrauch, sowie Freie, die er in gutem Glauben als Sklaven besaß, mittels seines Vermögens oder durch ihre Dienste erlangten. Wie die Sklaven erwarben nach klassischem Recht Hauskinder und andere Gewaltuntergebene alles dem Hausvater. Im justinianischen Rechte erwarben die Hauskinder noch dem Vater, was sie mit dessen Vermögen verdienten.[3] Dies alles war nicht Stellvertretung, denn der Erwerb vollzog sich ohne Willen des Untergebenen und ohne Wissen und Willen des Herrn. Aber es wurde doch vielfach dasselbe Resultat erzielt wie durch Stellvertretung. Dies namentlich seit der Prätor den Gewaltuntergebenen Inanspruchnahme von Kredit dadurch ermöglichte, daß er aus ihren Geschäftsschulden unter gewissen Voraussetzungen und Maßgaben Klagerechte gegen den Hausvater gab.[4]

Da die eigenen Kräfte des Hauses in der älteren römischen Zeit regelrecht ausreichten, um die ihm nötigen Verkehrsgeschäfte zu vollziehen,

---

verwirft dies. Er wählt den Ausdruck „Ersatzmann"; Scheurl a. a. O. empfiehlt den Ausdruck „Zwischenperson"; Siegel hat die Bezeichnung „stiller Stellvertreter" vorgeschlagen. Eine allgemeine Anerkennung hat keine dieser Bezeichnungen gefunden. Vgl. Windscheid § 73 Anm. 2.

1) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 488; Hellmann a. a. O.; Mitteis S. 9.

2) l. 11 D. de o. et a. 44, 7, l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1, l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Mitteis S. 33.

3) Gaj. Inst. II §§ 86 ff., tit. Inst. per quas personas 3, 28.

4) Vgl. unten Bd. 2 § 14.

so stellte sich der Grundsatz fest, der sprichwörtlich wurde: per liberam personam adquiri nobis non potest.[5]

Durch eigene Entschließung sollte man seine Rechte gestalten. Dies war römische Grundidee. Ließ man doch um deswillen kaum der Kindheit entwachsene Unmündige unter auctoritas ihres Tutors die Rechtshandlungen, die sie angingen, selbst vollziehen. Um so mehr mußte für mündige Personen die persönliche Vornahme ihrer Geschäfte geboten scheinen.[6]

2. Im Laufe der Zeit wurde freilich der altüberkommene Grundsatz ein schweres Hindernis des Verkehrs. Das entwickelte römische Recht hat ihn daher möglichst umgangen und eingeschränkt.[7]

Stellvertreter durften Rechte Dritter *wahren*, z. B. durch Bauverbote, Mahnungen,[8] ferner Verwaltungsakte vornehmen, Dienste als Boten leisten.[9] Dies wurde auf das äußerste ausgebeutet. Auch Besitzerwerb durch Stellvertreter ließ man zu.[10] [11]

Im übrigen half man sich durch eine *eigentümliche Entwicklung der indirekten Stellvertretung*. Der Schiffer — magister navis —, welcher das Schiff eines Dritten — des Rheders, exercitor navis —, führte, und der institor, welcher an die Spitze eines fremden Erwerbsgeschäftes gestellt war, berechtigten und verpflich-

---

5) Gaj. Inst. II § 95, Paul. sent. V. 2 § 2, l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7. l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 pr. C. per quas personas 4, 27. Vgl. die Zusammenstellung bei Schloßmann, der Besitzerwerb S. 47 ff.

6) Vgl. oben § 80. — Schloßmann, der Besitzerwerb S. 62 ff. und in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 n. 11 behauptet, der Grundsatz: per liberam personam non adquiritur habe die Tendenz gehabt, eine Schutzwehr der Freiheit zu bilden. Kennzeichen des Freien sei der Erwerb für sich, Kennzeichen des Unfreien Erwerb für andere gewesen. Die Verwischung der Grenze sollte unser Satz verhindern. Und doch sahen die Römer Hilfsdienste — ministerium — bei Abschluß von Geschäften, insbesondere Botendienste durch Freie, als zulässig an. Derartiges ist aber weit eher knechtischer Natur als Abschluß von Rechtsgeschäften.

7) Die hierhergehörigen Stellen hat Hellmann a. a. O. S. 43 sorgfältig gesammelt; doch ist keineswegs in allen von ihm aufgeführten Stellen von direkter Stellvertretung die Rede, beispielsweise gewiß nicht in l. 64 D. pro socio 17, 2.

8) l. 1 §§ 3, 20 D. de o. novi nunc. 39, 1, l. 24 § 2 D. de usuris 22, 1, l. 1 §§ 3, 4 D. de agnosc. liberis 25, 3, l. 2 D. de fidej. et nom. 27, 7, l. 18 § 4 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

9) l. 14 § 3, l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 11 D. depositi 16, 3.

10) Siehe die Lehre vom Besitz unten § 180. Auch die Darlehensforderung wurde durch direkte Stellvertreter erworben, vgl. l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1, Mitteis a. a. O. S. 67. Über den Erwerb des Pfandrechtes siehe l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, l. 21 D. de pign. 20, 1, l. 3 C. per quas personas 4, 27. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 204.

11) Eine Singularität war, daß der Hausvater seinen Hauskindern die Ermächtigung zur Manumission von Sklaven an seiner Statt geben konnte, l. 3 pr., l. 22 D. de manumiss. vindicta 40, 2, vgl. oben § 117 Anm. 9.

teten sich zwar aus den Gewerbegeschäften persönlich. Aber der Prätor sicherte diesen Geschäftsunternehmungen den nötigen Kredit dadurch, daß er aus deren Geschäftsschulden die actio exercitoria gegen den Rheder und die actio institoria gegen den Handelsherrn gab, wonach dieselben neben ihren Angestellten hafteten. Hiermit erhielten diese indirekten Vertretungen in gewissem Maße die Wirkung einer direkten Stellvertretung.

Man wußte sich also zu helfen; aber man *brach nicht mit dem Grundsatze der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung.*[12]

§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte.

1. Nach gemeinem Rechte steht dem Verkehr in der Regel sowohl direkte wie indirekte Stellvertretung offen. Nur ausnahmsweise wird Handeln in Selbstperson verlangt, z. B. bei der Eheschließung, der Testamentserrichtung. Nicht anders ist es nach B.G.B.

2. Auf der *mittelbaren Stellvertretung* beruht das *Kommissionsgeschäft*. Kommissionär ist im Sinne des Handelsgesetzbuches, wer gewerbemäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.[1]

3. Die *unmittelbare Stellvertretung* ist bei Vermögensgeschäften unter Lebenden allgemein zulässig geworden.[2] Besonders ausgebildet ist sie im Handelsrecht.[3]

---

12) Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 21 ff., ist anderer Ansicht. Er beruft sich auf l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium. Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Savigny nimmt an, es sei hier freie Stellvertretung bei formlosen Geschäften anerkannt, nur bei Formalgeschäften werde sie noch verworfen. Aber Modestin setzt hier nicht formellen und formlosen Erwerb in Gegensatz, sondern Rechtserwerb und Besitzerwerb vgl. l. 49 D. de V. S. 50, 16, abgedruckt oben § 22 Anm. 4.

1) H.G.B. § 383, vgl. auch § 406.

2) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie ist auch in der Praxis anerkannt. R.G. Bd. 2 S. 167. Doch finden sich einzelne Dissentienten; zu ihnen gehören Bangerow Bd. 3 § 608, Bähr, Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 288, Archiv f. z. Pr. Bd. 67 S. 189. Nach B.G.B. ist die Sache unzweifelhaft.

3) In den Diensten der Kaufleute finden sich *Prokuristen* d. h. Bevollmächtigte, welche eine *unbeschränkbare Vollmacht zu allen Geschäften* haben, die der Betrieb eines *Handelsgewerbes* mit sich bringt, und *Handlungsbevollmächtigte*, welche entweder zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes des Prinzipals oder eines Kreises von Geschäften ermächtigt sind. H.G.B. §§ 48 ff. Auch Handlungsagenten, welche nicht im Dienste des Kaufmanns stehen, haben nicht selten Vollmacht, in seinem Namen Geschäfte zu schließen, vgl. H.G.B. § 84. Siehe Laband, die Stellvertretung nach dem H.G.B. in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 183 ff., R.G. in Seuff. A. Bd. 48 n. 48.

Bezüglich der direkten Stellvertretung sind einige allgemeine Grundsätze hervorzuheben.

Die Stellvertretung erfordert den Willen des Stellvertreters, den Geschäftsherrn zu vertreten.[4]

Nicht minder ist notwendig die Befugnis — Legitimation —, für den Vertretenen zu handeln.

a) Sie beruht vor allem in einer Vollmacht.[5] Es ist dies eine vom Geschäftsherrn ausgehende Ermächtigung, Rechtshandlungen an seiner Statt vorzunehmen. Die Vollmacht kann durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten erteilt werden, aber auch durch Erklärung an den Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.[6] Sie ist einseitiges Rechtsgeschäft, der Erklärung der Annahme der Vollmacht durch den Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber bedarf es nicht.[7]

Die Vollmacht geht meist Hand in Hand mit einer Verpflichtung des Bevollmächtigten, für den Vollmachtgeber tätig zu sein, insbesondere einem Auftrag, einem Dienstverhältnis; die Vollmacht kann aber auch bloß im Interesse des Ermächtigten erteilt sein.

Die Vollmacht ist etwas Höchstpersönliches. Sie endigt durch den Tod des Vollmachtgebers[8] wie auch des Bevollmächtigten, ferner durch Widerruf, sofern er dem Bevollmächtigten oder dem Dritten erklärt wird, mit welchem dieser zu Verhandlungen ermächtigt war, und durch Auf-

---

4) Der Stellvertreter muß willensfähig sein. Geisteskranke und Kinder können keine Stellvertreter, wohl aber Boten sein. Der direkte Stellvertreter braucht aber nicht die für das abzuschließende Geschäft nötige Handlungsfähigkeit zu haben, denn er ist nicht der Kontrahent des Geschäftes, vgl. oben § 117 Anm. 9. Es kommt z. B., wenn er für den Geschäftsherrn eine Wechselschuld eingeht, nicht darauf an, ob er wechselfähig ist, sondern ob der Geschäftsherr die Wechselfähigkeit hat. Die verschiedenen Meinungen über die Frage finden sich bei Hollmann a. a. O. S. 145 zusammengestellt. Daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, beeinträchtigt auch nach B.G.B. § 165 die Wirksamkeit einer von ihm oder ihm gegenüber abgegebenen Willenserklärung nicht.

5) J. Hupka, die Vollmacht, 1900. Gegen den Begriff der Vollmacht Schloßmann, Stellvertretung §§ 21 ff.

6) Nach Lenel a. a. O. S. 15 ff. ist allein die Erklärung gegenüber dem Dritten von rechtlicher Bedeutung. Wie hier B.G.B. § 167 Abs. 1: Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

7) Für die Vertragsnatur der Vollmacht erklärt sich Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 208, vgl. hiergegen Hellmann a. a. O. S. 109, Mitteis S. 185.

8) Die Vollmacht kann nach deutschrechtlicher Auffassung auf die Erben des Vollmachtgebers erstreckt werden. Die Prokura erlischt durch den Tod des Prinzipals nicht, H.G.B. § 52 Abs. 3, ebensowenig die Prozeßvollmacht, C.P.O. § 86. Nach B.G.B. § 672 erlischt ein Auftrag, nach § 675 ein Dienstvertrag und eine Werkverdingung, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, nicht durch den Tod des Geschäftsherrn und nach § 168 folglich auch nicht die an das Verhältnis geknüpfte Vollmacht.

kündigung des Bevollmächtigten. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs sind Dritte, welche sich auf die Vollmacht verließen und deren Aufhebung entschuldbarerweise nicht kannten, gegen hieraus erwachsende Nachteile zu schützen.[9] Der Vollmachtgeber kann auf das Recht, die Vollmacht zu widerrufen, nicht rechtsgültig verzichten. Denn damit würde er seine rechtliche Selbständigkeit aufgeben.[10]

b) Fehlende Vollmacht wird durch nachträgliche Genehmigung ersetzt. Die Genehmigung wirkt rückwärts, unbeschadet inzwischen erworbener Rechte von redlichen Dritten.[11]

Das Geschäft, welches der unbevollmächtigte Stellvertreter[12] abschließt, ist in der Schwebe, bis die Genehmigung erteilt oder versagt wird. Inzwischen steht ihm der Rücktritt zum Nachteil des Vertretenen nicht mehr frei. Verzögerung der Genehmigung ist als Versagung zu behandeln.[13] [14]

---

9) Dritte, welche einem früheren Inkassomandatar — d. h. einem zur Annahme von Zahlungen Bevollmächtigten — zahlen, ohne zu wissen, daß seine Vollmacht bereits erloschen ist, werden gleichwohl von ihrer Schuld befreit. l. 34 § 3, l. 51 D. de solut. 46, 3, § 10 J. de mandato 3, 26. Obgleich dies die römische Praxis auf Zahlungen beschränkte, l. 41 D. de reb. cred. 12. 1, so liegt es doch in der Konsequenz und entspricht der Billigkeit, den Satz auch bei Geschäften anderer Art zur Anwendung zu bringen. Natürlich muß die Unkenntnis entschuldbar sein. Die Regelung des B.G.B. ist kasuistischer, vgl. Biermann, zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht in der Gießener Festg. f. Dernburg § 3, auch besonders erschienen.

10) Vgl. Lenel a. a. O. S. 34 ff. Anders jedoch B.G.B. § 168 Satz 2.

11) Vgl. Zimmermann, die stellvertretende negotiorum gestio 1876, Mitteis a. a. O. S. 230, Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano. 2 Bde., Roma 1889. Ebenso B.G.B. § 184. Der Vertreter und dessen Mitkontrahent können von vornherein vereinbaren, daß das Geschäft erst von der Ratifikation an gelten soll. Der Prinzipal kann seiner Ratifikation aber ohne Zustimmung der Mitkontrahenten die Rückwirkung nicht entziehen, da er sonst dem Geschäft einen anderen Inhalt geben würde, als ihm an sich innewohnt, wozu er ohne Einwilligung des anderen Teiles nicht befugt ist.

12) Hierfür spricht l. 23 D. de neg. gest. 3, 5. Paulus libro 24 ad edictum, wo der „procurator" ein unbevollmächtigter Geschäftsführer ist. Vgl. übrigens Mitteis a. a. O. S. 221.

13) Nach B.G.B. § 177 a. E. gilt die Genehmigung als verweigert, wenn sie der Vertretene nicht binnen 2 Wochen nach Empfang einer Aufforderung des Dritten erteilt.

14) Es ist hier der Ort, von den römischen Prokuratoren zu reden. Die Untersuchungen von Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 89, haben die Einsicht bezüglich ihres Verhältnisses wesentlich gefördert. Im römischen Leben bezeichnete man als procuratores Vertrauenspersonen eines Herrn, die regelmäßig in seinen Geschäften tätig waren. Es handelte sich um eine soziale Stellung, eine Art von Amtstitel, der an eine Vertrauensstellung anknüpfte. Wer procurator hieß, weil er regelmäßig für einen Geschäftsherrn handelte, konnte daher im gegebenen Falle sehr leicht ohne Vollmacht sein. Wo dies von Wichtigkeit ist, heben die Juristen hervor, daß es sich um Prokuratoren handele, die im Besitz eines Mandates seien. Daher spricht z. B. Modestin in l. 63 D. de proc. 3, 3 von einem procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt. Es gab jedoch Juristen,

c) Für Handlungsunfähige handeln gesetzliche Vertreter.

Bei dieser Art der Stellvertretung handelt es sich nicht um die bloße Durchführung des in der Vollmacht allgemein oder bestimmt erklärten Willens eines Geschäftsherrn. Hier wird der fehlende Wille des Vertretenen geradezu ersetzt durch den Willen des Vertreters, welcher für ihn handelt.

d) Die Vollmacht ist eine spezielle oder eine generelle.

Die Spezialvollmacht ermächtigt zu einem bestimmten Geschäfte oder zu einer bestimmten Kategorie von Geschäften, z. B. zur Veräußerung von Grundstücken.

Die Generalvollmacht ermächtigt zur Verwaltung des gesamten Vermögens oder eines besonderen Kreises wirtschaftlicher Angelegenheiten. Die Generalvollmacht kann sich auf die laufende Verwaltung[15] beschränken, ohne das Recht zu geben, die Substanz anzutasten, sie kann aber auch freie Verwaltung geben, administratio cum libera, insbesondere das Recht zu Veräußerungen der Substanz und zu Vergleichen. Die Ermächtigung freier Verwaltung kann ausdrücklich gegeben sein oder aus dem Gesamtinhalt der Vollmacht und ihren Zwecken erhellen. Soweit dies nicht der Fall ist, beschränkt sich die Generalvollmacht auf die laufende Verwaltung.[16]

Auch die freie Verwaltung ermächtigt nicht zu Schenkungen, welche auf freier Gunst beruhen; Schenkungen, welche durch die Verwaltung des Vermögens gefordert werden, z. B. an Dienstboten, Neujahrsgeschenke, sind aber dem Vertreter gestattet.[17 18]

---

welche den Ausdruck procurator im juristischen Sinne im Gegensatz zur Laiensprache nur für Mandatare verwerten wollten. Dies tat Ulpianus libro 9 ad edictum l. 1 pr. § 1 D. de proc. 3, 3. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat; procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest constitutus . . . quamvis quidam, ut Pomponius libro 24 scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. Meistens unterschied man den procurator verus, d. h. den mit Vollmacht versehenen, und den procurator falsus, der eine Vollmacht nicht besitzt. Schloßmann, a. a. O. S. 117.

15) Dahin gehört namentlich auch Fruchtveräußerung, siehe Petrażycki, Einkommen Bd. I S. 177.

16) Die Römer unterscheiden libera administratio des Generalbevollmächtigten von gewöhnlicher Verwaltung. l. 58 ff. D. de proc. 3, 3. Hieran schloß sich das kanonische Recht in cap. 4 in 6to de procuratoribus 1, 19. Die Unterscheidung ging in die Praxis über. Früher forderte man überwiegend, daß die „freie" Verwaltung ausdrücklich in der Vollmacht gestattet sei. Es besteht jedoch kein Grund, anderen unzweideutigen Erklärungen des Vollmachtgebers keine Folge zu geben.

17) l. 7 pr. D. de donat. 39, 5, l. 8 § 5 D. q. m. pignus solv. 20, 6. Das B.G.B. unterscheidet spezielle und generelle Vollmacht nicht besonders. Der Umfang der Bevollmächtigung ist Auslegungsfrage.

18) Kann der direkte Stellvertreter im Namen des Vertretenen Geschäfte mit sich selbst abschließen? Es ist dies an sich möglich, denn er kann den eigenen Willen wie den des Vertretenen gültig erklären. Nur wo eine Kollision der Interessen zu befürchten ist, reicht seine Vollmacht nicht aus, und kann es daher zum Geschäftsschluß nicht kommen. R.G. Bd. 6 S. 11, Bd. 7 S. 119. Doch ging das justinianische Recht noch nicht soweit. Über die verschiedenen Ansichten vgl. Römer, Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich, Goldschmidts Zeitschrift Bd. 19 S. 67, Rümelin, das Selbstkontrahieren des Stellvertreters 1888 und hierüber Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 250, Eck in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 265. Dort ist die l. 9 § 7 D. de adm. tut. 26, 7 zuerst in interessanter Weise richtig

4. Rechte und Pflichten aus dem Geschäft überkommt bei direkter Stellvertretung unmittelbar der Vertretene. Aber der Stellvertreter kann wegen Verschuldung verpflichtet werden, namentlich wenn er sich grundlos als bevollmächtigt ausgab.[19]

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 120. Nichtigkeit und Entkräftbarkeit.

Was die Gestalt eines Rechtsgeschäftes hat, entbehrt oft der Wirkung eines normalen Geschäftes. Derartige Geschäfte bezeichnet man gemeinrechtlich meist als ungültige.[1] Wir nennen sie fehlerhafte Geschäfte.

Sie sind entweder nichtig oder bloß entkräftbar.[2]

Vor nicht langer Zeit sah man in der scharfen Sonderung der Nichtigkeit und Entkräftbarkeit ein Zeichen der Größe des römischen Rechtes. Derzeit sprechen manche dem Gegensatz die innere Berechtigung ab. Es liege ein bloß historischer Unterschied vor. In Rom seien die Rechtsgeschäfte bald nach Zivilrecht unwirksam — nichtig — gewesen, bald habe ihnen die prätorische Jurisdiktion die Geltung entzogen — entkräftbare Geschäfte. Dieser Unterschied sei mit dem Dualismus des zivilen und prätorischen Rechtes beseitigt. Nur das sei jetzt die Frage, ob ein juristischer Tatbestand in der beabsichtigten Weise wirke oder nicht.[3]

---

erklärt. B.G.B. § 181 schließt die Vornahme von Rechtsgeschäften des Vertreters mit sich, abgesehen von Erfüllung einer Verbindlichkeit, grundsätzlich aus.

19) Siehe unten Bd. 2 § 10 am Schluß.

1) Grabenwitz, die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887. Mitteis, z. L. v. d. Ungültigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 28 n. 3. Savigny Bd. 4 S. 536 hat die Bezeichnung „ungültige Geschäfte" angewendet. Sie ist seitdem allgemein gebräuchlich geworden. Ungültig heißt aber nichts anderes, als ohne Geltung, d. h. wirkungslos. Manche begreifen daher sprachlich nicht inkorrekt unter den ungültigen Geschäften auch bedingte nach Ausfallen der Bedingung. So angewendet umfaßt der Ausdruck heterogene Dinge. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die fehlerhaften Geschäfte. Dieser Terminus begrenzt daher das hier zu behandelnde Gebiet zweckmäßiger. Er ist auch quellenmäßig, da die Römer von vitiosen Geschäften — institutio vitiosa — reden. l. 29. l. 201 D. de R. J. 50, 17. Von inutilis spricht u. a. l. 210 D. eod. Über B.G.B. siehe Bürg. R. Bd. 1 § 115.

2) Entkräftbarkeit wird in der gemeinrechtlichen Literatur meist Anfechtbarkeit genannt, so auch in früheren Auflagen dieses Werks. Jetzt hat aber das B.G.B. das Wort „Anfechtbarkeit" für die Fälle der durch Anfechtung bedingten — s. g. relativen — Nichtigkeit in Beschlag genommen, vgl. unten Anm. 10. Wir ziehen daher jetzt die Bezeichnung Entkräftbarkeit vor.

3) So namentlich Lenel, Exzeptionen S. 137, Schloßmann, Zwang S. 20; vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 266, und d. rechtsverfolgende Einrede in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 43, Leonhard, Irrtum S. 294. Richtig ist, daß die römischen Juristen keine feststehenden technischen Bezeichnungen für Nichtigkeit und Entkräftbarkeit haben, vgl. Lothar Seuffert, Ratihabition S. 119 Anm. 8, Schloßmann, Zwang S. 23

Hierin ist ein Fortschritt nicht zu finden. Im einzelnen mag die historische Entwicklung des römischen Rechtes die Grenzen zwischen Nichtigkeit und Entkräftbarkeit mehr in zufälliger Weise bestimmt haben. Der Gegensatz selbst ist in der Sache begründet und auch heute noch von Bedeutung.

1. *Nichtige* Geschäfte haben den Anschein, aber nicht das Wesen eines Rechtsgeschäftes.

Es muß ein Geschäftsschluß beurkundet oder sonst beweisbar sein, so daß der Anschein eines Rechtsgeschäftes entstanden ist. Aber die rechtlichen Erfordernisse eines Geschäftes fehlen ihm, sei es weil die allgemeinen Grundbedingungen der Rechtsgeschäfte, insbesondere Rechts- und Willensfähigkeit oder der Geschäftswille nicht vorhanden waren, sei es weil die besonderen Erfordernisse gerade des beabsichtigten Geschäftes mangelten, sei es endlich, daß Umstände bestehen, welche das Zustandekommen des fraglichen Geschäftes verhindern, z. B. ein Veräußerungsverbot, welches die Veräußerung nichtig macht.

Sein und Nichtsein sind absolute Gegensätze. Daher scheint die Logik zu fordern, daß die Nichtigkeit stets eine absolute sei. Dennoch bewährt sich dies nicht. Auch eine *relative Nichtigkeit* kommt vor, so daß dasselbe Geschäft unter Umständen als nicht existierend gilt und unter anderen doch Geltung hat.

a) Das *absolut nichtige* Geschäft ist *schlechthin rechtlich nicht vorhanden*. Diese Nichtigkeit können daher nicht nur die Vertragschließenden und ihre Rechtsnachfolger geltend machen, sondern wer immer bei ihr interessiert ist.[4] Ist sie gerichtskundig geworden, etwa durch den eigenen Vortrag des Klägers, so hat sie der Richter auch von *Amts wegen* zu berücksichtigen.[5] Daher kann er auf ein Klagevorbringen, welches ein nichtiges Geschäft darlegt, auch dann eine Verurteilung nicht gründen, wenn der Beklagte nicht erscheint oder sich nicht verteidigt.[6]

Anm. 30. Der Gegensatz kam aber in den Rechtsmitteln, die sie in dem einen oder dem anderen Falle anwendeten, zum Ausdruck.

4) Z. B. im Fall einer nichtigen Schenkung die Gläubiger des Schenkers, vgl. R.G. Bd. 23 S. 177.

5) Allerdings behauptet Schloßmann a. a. O. S. 25, auch sogen. Nichtigkeitsgründe müßten von der Partei geltend gemacht werden, könnten nicht ex officio vom Richter berücksichtigt werden. Gerade dies aber ist unrichtig. Es ist Aufgabe des Richters, von Amts wegen zu prüfen, ob der vom Kläger vorgebrachte Tatbestand nach objektivem Rechte zur Verurteilung genügt, und dies ist nicht der Fall, wenn er sich als der Tatbestand eines nichtigen Geschäftes darstellt.

6) C.P.O. § 331. Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann der Beklagte, auch wenn er sie in den früheren Instanzen nicht gerügt hat, mittels Revision beim Reichsgericht geltend machen, R.G. Bd. 8 S. 144.

Einer besonderen Nichtigkeitsklage bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit nicht. Man kann unter Ignorierung des nichtigen Geschäftes Klagen und Einreden vorbringen und, falls es wie ein gültiges entgegengestellt wird, dessen Nichtigkeit darlegen. Wer aber ein rechtliches Interesse dabei hat, kann auch mittels Feststellungsklage richterliche Konstatierung der Nichtigkeit erlangen.[7 8]

b) Die Nichtigkeit ist eine relative, wenn sie nicht von jedem bei ihr Interessierten und nicht in allen Fällen geltend gemacht werden kann. Häufig führen nämlich Erwägungen der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung dahin, gewissen Personen die Geltendmachung von Nichtigkeiten abzuschneiden und sie bestimmten Anfechtungsberechtigten allein zu eröffnen.[9 10]

c) In einigen Fällen ist zur Geltendmachung der Nichtigkeit eine Klage notwendig. Insbesondere ist die Beseitigung einer formgerecht geschlossenen Ehe, auch wenn sie nichtig oder anfechtbar ist, nur durch Klage möglich.[11] Das Gleiche gilt von nichtigen Urteilen.[12]

2. Wahre aber mangelhafte Geschäfte sind entkräftbar. Solche Geschäfte begründen das beabsichtigte Rechtsverhältnis an und für sich. Der Richter ist daher berechtigt und verpflichtet, auf Grund derselben zu verurteilen, sofern ihr Mangel nicht geltend gemacht wird. Dies auch dann, wenn der Mangel, aus welchem die Entkräftbarkeit entspringt, tatsächlich im Prozeß liquid gestellt wurde.[13]

---

7) C.P.O. § 256.

8) Über den Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft siehe Bolze im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 76 n. 6.

9) Gegen die relative Nichtigkeit erklärten sich Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 4 und 5, Mitteis a. a. O. S. 131, Regelsberger Bd. 1 § 174 Anm. 19, vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 82 Anm. 8.

10) Das B.G.B. bezeichnet die „relative Nichtigkeit" als „Anfechtbarkeit". So namentlich §§ 119, 123 vgl. § 142, ebenso die relativ nichtige Ehe § 1331. Die Anfechtung des B.G.B. steht zwischen absoluter Nichtigkeit und Entkräftbarkeit in der Mitte. Der Anfechtungsgrund fordert eine — in der Regel formlose — Erklärung der Anfechtung durch den Anfechtungsberechtigten innerhalb gesetzlicher Frist, vgl. namentlich § 124. Wird das anfechtbare Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen B.G.B. § 142. Vgl. Bürg. R. Bd. 1 §§ 117 ff.

11) C.P.O. §§ 606 ff.

12) C.P.O. §§ 578 ff.

13) Geht also aus der Verhandlung hervor, daß das der Klage zu Grunde liegende Geschäft durch Erpressung veranlaßt ist, so muß der Richter doch verurteilen, solange der Beklagte die Erpressung nicht geltend macht. Nicht anders verhielt es sich beim S. C. Vellejanum. Gradenwitz a. a. O. S. 75 und S. 309 behauptet zwar, der Prätor habe die exc. S. C. Vellejani eingefügt, wofern nur der Verdacht einer Interzession vorlag, auch wo die Frau keine bezügliche Bitte stellte. Dies ist aber unbewiesen und befremdlich. Jedenfalls teilt er für das justinianische Recht unsere Anschauung, S. 415. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 78.

Es bedarf also einer besonderen Reaktion — der Geltendmachung des Entkräftungsgrundes — um die Wirkung solcher Geschäfte zu hemmen oder zu beseitigen.[14]

Im einzelnen sind die Gründe sehr verschiedener Art; hiernach auch Inhalt und Umfang der Gegenwirkung, die Gestaltung der Rechtsmittel, die Entkräftungsberechtigten und die Verpflichteten.

Die Entkräftung kann gewöhnlich durch Einrede geltend gemacht werden, zuweilen ist eine Klage erforderlich, unter Umständen hat eine besondere in integrum restitutio durch die Obrigkeit einzutreten.

Häufig handelt es sich um einen Anspruch seitens des einen der Vertragschließenden gegen den anderen, z. B. wegen Betruges; zuweilen geht der Anspruch auch gegen Dritte, beim Vertragsschluß nicht Beteiligte, z. B. im Falle der Erpressung. Gewisse Entkräftungsgründe berechtigen nur Dritte. Dahin gehört namentlich die „Anfechtungsklage" der Gläubiger — die actio Pauliana — gegenüber Rechtshandlungen ihres zahlungsunfähigen Schuldners.

Verzicht auf die Entkräftung beseitigt den Mangel des Rechtsgeschäftes, wenn der Verzichtende zu der Erklärung legitimiert ist.

§ 121. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte.[1]

Staatsinteresse und religiöse Empfindung treten bei der Frage in Konflikt, ob eine eidliche Bestärkung fehlerhaften Geschäften Kraft verleiht. Nach unseren Rechtsquellen wurde diese Frage seit anderthalb Jahrtausenden in verschiedenem Sinne beantwortet.

1. Die Römer sprachen der Bestätigung fehlerhafter Geschäfte durch promissorischen Eid im allgemeinen die verbindliche Kraft ab.[2] Eine Verordnung von Alexander Severus versagte jedoch Minderjährigen die Restitution gegen durch Eid körperlich — d. h. persönlich — bekräftigte Verkäufe, weil Eidbruch und Treubruch die Rechtswohltat nicht verdienten.[3]

2. Im Mittelalter stritt man über die Tragweite dieser Verordnung. Im Gegensatze zur Ansicht von Bulgarus bezog sie Martinus auch auf nichtige Geschäfte der Minderjährigen. Ihm folgend erklärte die authentica „sacramenta puberum" von Friedrich I. nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen

---

14) Wer zugibt, daß, was wir Nichtigkeit nennen, von Amts wegen durch den Richter zu beachten ist, und was Entkräftbarkeit, nur auf Antrag, der mag die Ausdrücke beanstanden oder die Übereinstimmung mit den Vorstellungen des klassischen römischen Rechts; ein systematischer Gegner der hier verteidigten Theorie ist er nicht mehr. Dies gilt hinsichtlich des Werks von Grabenwitz, vgl. S. 297 ff. und der Ausführungen von Bekker Bd. 1 S. 90.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 n. 9.

2) l. 7 § 16 D. de pactis 2, 14, l. 5 § 2 C. de legibus 1, 14, l. 112 § 4 D. de legatis I.

3) l. 1 C. si adversus venditionem 2, 27.

im Falle eidlicher Bestärkung für gültig. Desgleichen taten die Päpste, sofern es sich nicht um Geschäfte handele, welche das Seelenheil gefährdeten.[4]

3. Dies war Ausfluß mittelalterlicher Rechtsanschauungen, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte. Nach neuerem gemeinen Rechte hat aber eidlicher Verzicht auf Geltendmachung der Fehler eines Geschäftes nicht mehr Kraft als einfacher Verzicht.[5]

§ 122. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte.

1. Nichtige Rechtsgeschäfte gewinnen keine Kraft dadurch, daß der Grund wegfällt, in welchem ihr Fehler bei ihrer Begründung beruhte.[1]

In einigen Fällen wird jedoch die Nichtigkeit durch *Veränderung der Umstände* geheilt. Insbesondere erhielten nach römischem Rechte Schenkungen unter Ehegatten Geltung, wenn der Schenker vor dem Beschenkten in der Ehe verstirbt, ohne widerrufen zu haben.[2]

2. Ganz singulär ist es, daß *Zeitablauf* die Nichtigkeit der Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke Minderjähriger, welche ohne obervormundschaftlichen Konsens geschehen war, heilt.[3]

3. Durch *Genehmigung* werden nichtige Geschäfte gültig, wenn sie seitens der Beteiligten unter Umständen erfolgt, unter denen sie das Geschäft gültig schließen könnten. Die Genehmigung ist ein *selbständiges* Geschäft, so daß sie keineswegs an die Formen gebunden ist, welche das genehmigte Geschäft an sich tragen mußte, sofern nur dieses sie eingehalten hat.[4] Sie hat rückwirkende Kraft.[5] Die Rückziehung

---

4) cap. 8 X de jurejurando 2, 24, cap. 2 in 6to de pact. 1, 18.

5) Das B.G.B. kennt eidliche Bestärkung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht. Man wird sie auch auf dem Gebiete der Landesgesetzgebungen und bei Willenserklärungen öffentlichrechtlicher Natur nicht mehr anerkennen.

1) l. 201 D. de R. J. 50, 17 von Javolenus; l. 210 D. eod. Licinnius Rufinus libro 2 regularum: quae ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest. Dann generell l. 29 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 8 ad Sabinum: quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) l. 32 D. de don. int. vir. et u. 24, 1; vgl. ferner l. 17 D. de fundo dotali 23, 5. Es konvalesziert auch Veräußerung und Verpfändung fremder Objekte nachträglich, wenn der Veräußerer später deren Eigentümer wird. Vgl. B.G.B. § 185 Abs. 2.

3) l. 3 C. si major factus 5, 74.

4) War z. B. eine Ehe nichtig, weil einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war, und bestätigt er die Ehe nach dem Wegfall seiner Geschäftsunfähigkeit, so bedarf die Bestätigung nach B.G.B. § 1325 nicht der Form der Eheschließung.

5) Windscheid § 83 Ziffer 2 und Lothar Seuffert, Ratihabition S. 117 nennen diese Art der Genehmigung „Bestätigung". Ebenso B.G.B. § 141. Es ist streitig, ob die Genehmigung nichtiger Rechtsgeschäfte rückwirkende Kraft hat oder nicht. Die *Absicht* des Ratihabenten ist nicht Begründung eines neuen Geschäftes, sondern *Bekräftigung* des genehmigten. Siehe oben § 84 Anm. 10. Hiernach bestimmen

ist ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit Folge eines Verbotsgesetzes ist, dessen Wirksamkeit durch die Rückziehung in Frage gestellt würde,[6] oder wenn sie durch Verabsäumung der gesetzlichen Form des Geschäftes entstand.[7]

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 123. Auslegung.[1]

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte begnügt sich im entwickelten Rechte nicht, wie in früheren Epochen, mit dem Wortsinne. Sie sucht den Willen der Beteiligten aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Geschäftes und nach dessen erkennbaren Zielen zu ermitteln.[2]

Zu diesem Zwecke hat sich der Interpret Zeit und Ort und Umstände des Geschäftsschlusses zu vergegenwärtigen.

Die Schwierigkeit steigert sich bei zweiseitigen Geschäften. Hier

sich jedenfalls die Verpflichtungen, welche er durch das genehmigte Geschäft persönlich übernimmt, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 229 ff. Eine andere Frage ist, ob auch das Recht das nichtige Geschäft als von vornherein gültig ansieht. Der Logik entspricht dies nicht. Streng genommen ist und bleibt es nach rechtlicher Betrachtung ein Nichts und kann nie etwas werden, streng genommen könnte das Recht also die Rechtswirkungen nur von dem neuen Geschäfte — der Genehmigung — ausgehen lassen. Justinian hat sich jedoch auf so subtile Unterschiede nicht eingelassen. Er gibt der Ratihabition fehlerhafter Geschäfte rückwirkende Kraft. l. 25 C. de don. int. vir. et u. 5. 16, l. 7 pr. C. ad S. C. Macedonianum 4, 28. Dies mochte ihm umso unbedenklicher erscheinen, als die Rückziehung nur unbeschadet der Rechte Dritter geschieht. Es war damit eine handliche Formel gewonnen und zugleich ein Resultat, welches dem praktischen Bedürfnis entsprach. So im wesentlichen Windscheid Bd. 1 § 83 Anm. 10, R.G. Bd. 27 S. 163, Entsch. d. oberst. Landesger. f. Bayern Bd. 12 S. 526. Anderer Ansicht namentlich Seuffert a. a. O. S. 122 ff., Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 215. Nach B.G.B. § 141 ist die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme desselben zu beurteilen. Doch sind die Parteien, welche einen nichtigen Vertrag bestätigt haben, unter einander so verpflichtet, als wenn derselbe von Anfang an gültig gewesen wäre.

6) Aus diesem Satze erklärt sich die Entscheidung der l. 65 § 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

7) Diese Beschränkung geht aus der l. 25 C. de don. int. vir. et u. 5, 16 hervor.

1) Brinz 1. Auflage S. 1572 ff., 2. A. Bd. 4 § 568, Regelsberger bei Endemann, Handelsrecht Bd. 2 S. 386 ff., Leonhard, Irrtum S. 172 ff., Erich Danz, die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897. Bürg. R. Bd. 1 § 111.

2) Dies sprechen die klassischen Juristen oft aus, und zwar für Testamente wie für Verträge. l. 12 D. de R. J. 50. 17; l. 219 D. de V. S. 50, 16. Papinianus libro 2 responsorum. In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus. qui suscepit, pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. So auch R.G. Bd. 19 S. 63. Dennoch finden sich Äußerungen, die scheinbar entgegenstehen. So l. 25 § 1 D. de leg. III Paulus libro 1 ad Neratium. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Paulus meint wohl nichts anderes, als daß man an Geschäften nicht deuteln solle, die wörtlich genommen einen befriedigenden Sinn geben. Schärfer spricht dies Marcellus libro singulari responsorum l. 69 pr. D. eod. aus: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est

ist festzustellen, worüber die Beteiligten einig geworden sind.[3] Dabei ist der gewöhnliche Sinn, welchen die gebrauchten Worte am Orte der Abfassung haben, zu Grunde zu legen,[4] es sei denn, daß die Beteiligten einen anderen Sprachgebrauch hatten.[5] Der Gebrauch von Geschäftsformularen, welche im Verkehre üblich sind, und deren Sinn feststeht, erleichtert unter Umständen die Aufgabe. Oft liegt dem Interpreten ein ungeklärtes Material vor, da den Beteiligten die Fähigkeit oder die Zeit oder die Sorgsamkeit fehlte, ihren Gedanken Durchbildung und entsprechenden Ausdruck zu geben. Es muß dann der Richter die bestimmenden Gedanken zu entwickeln und durchzuführen suchen.[6]

Erläuterungen der Beteiligten dienen zur authentischen Interpretation des Geschäftes, mögen sie vor oder nach dem Geschäftsschlusse abgegeben sein. Bei letztwilligen Verfügungen sind die Erläuterungen des Erblassers maßgebend;[7] bei zweiseitigen Geschäften muß Einverständnis über die Erläuterung obgewaltet haben,[8] die man für uns anrufen will. Langjährige gleichförmige Übung gilt als Erläuterung der Geschäftsabsicht, vorausgesetzt daß sie nicht nachweisbar auf Irrtum, Geschäftskulanz oder ähnlichen Motiven beruht.[9]

Eine Auslegungsregel, mit welcher die römischen Juristen vielfach operieren, ist: jedes Wort genau zu beachten und nichts als überflüssig anzusehen.[10] Sie ist zutreffend, wo eine sorgsame Redaktion der Geschäftsbedingungen vorauszusetzen ist, z. B. bei Statuten von Aktiengesellschaften, bei Versicherungsbedingungen. Es muß aber zu Mißgriffen

---

aliud sensisse testatorem. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 232, l. 125 D. de V. S. 50, 16. Siehe übrigens auch Grabenwitz, Interpolationen S. 170.

3) Die Auslegung hat bei Verträgen den Sinn festzustellen, der in sie vereinbarterweise hineingelegt wurde und sich in ihnen verkörpert. Behauptet der eine Teil, er habe mit dem Vertrage einen anderen Sinn verbunden, als nach sachgemäßer Auslegung vereinbart erscheint, so kann er dies geltend machen, wenn ein erheblicher, wesentlicher, entschuldbarer Irrtum stattfand. Damit treten wir aber in ein anderes Gebiet, als dasjenige der Auslegung ist. Es ist nicht Auslegungsregel und auch nicht richtig, wie man behauptet hat, der Sinn einer Erklärung bei Vertragsunterhandlungen sei derjenige, welchen der andere Kontrahent in ihm finden mußte. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 84 Anm. 11.

4) Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 19 S. 114.

5) Bei Geschäften, die von Bevollmächtigten, Notaren, Gerichten redigiert sind, ist deren Sprachgebrauch maßgebend.

6) In diesem Sinne ist es aufzufassen, wenn das R.O.H.G. Bd. 22 S. 271 bemerkt, „was die Interessenten für einen von ihnen nicht vorgesehenen Fall nach den Zwecken ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassung gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille".

7) l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1, l. 96 D. de R. J. 50, 17.

8) Vgl. oben § 98 S. 227.

9) R.G. Bd. 2 S. 51, R.O.H.G. Bd. 9 S. 386.

10) Vgl. oben § 107 Anm. 4.

führen, wenn ein prägnanter Sinn auch da gesucht wird, wo Ungeschick und Unklarheit der Redaktion zu Tage treten. Im Zweifel ist die geringere Belastung und Verpflichtung anzunehmen; eine Verbindlichkeit ist nur anzuerkennen, soweit sie nachweisbar ist.[11]

§ 124. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht.

Die Rechtsgeschäfte stehen unter der Herrschaft der Redlichkeit — der bona fides. Diese verlangt Festhalten am Vereinbarten, sie fordert aber auch eine Deutung, wonach das Festhalten nicht für den einen Teil zum Fallstrick wird.[1]

1. Hieraus erklärt sich die Regel, daß *dunkele und zweideutige Bestimmungen* eines Vertrages dem schaden, welcher ihn *redigiert* hat, wenn anzunehmen ist, daß sie der andere Teil nicht vollständig übersah. Die Rechtsquellen wenden diese Regel vorzugsweise gegen Verkäufer und Vermieter an,[2] neuere Entscheidungen auf die formularmäßigen Bedingungen von Versicherungs- und Transportanstalten.[3] Ebenso sind die von den Arbeitgebern, z. B. in Fabriken, Bergwerken allgemein aufgestellten Arbeitsbedingungen zu behandeln.

Im allgemeinen aber ist unklar Gefaßtes so auszulegen, wie es der Natur des betreffenden Geschäftes und den Zwecken, welche die Parteien mit demselben ersichtlich verfolgten, am besten entspricht.[4]

2. Die einzelnen Festsetzungen des Geschäftes sind unter Umständen zwar nicht verträglich mit dem *Namen*, welchen ihm die Beteiligten beilegen, genügen aber für den Tatbestand eines anderen Geschäftes, an das sie zunächst nicht dachten. Dann hat sie der Richter unter den

11) l. 34 in fine D. de R. J. 50, 17, l. 9 D. eod.

1) Die römischen Quellen sprechen dies für bonae fidei negotia aus. l. 7 § 1 am Ende D. de resc. vend. 18, 5. Paulus libro 5 quaestionum . . . vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus, ähnlich l. 22 C. de locato 4, 65, vgl. Birkmeyer, Exzeptionen 1874 S. 146 ff., R.O.H.G. Bd. 10 S. 11 ff. Nach heutigem Rechte haben alle Rechtsgeschäfte den Charakter von bonae fidei negotia, abgesehen von Wechselschulden. Vgl. unten § 131 Ziff. II. Vgl. B.G.B. § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

2) l. 39 D. de pactis 2, 14. Papinianus libro 5 quaestionum. Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. l. 33 D. de contr. empt. 18, 1, l. 77 D. eod. Das Gleiche nahm Celsus bei Stipulationen an. l. 26 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 99 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

3) R.O.H.G. Bd. 14 S. 437, R.G. Bd. 10 S. 160, Bd. 18 S. 143. Dies hat auch unter der Herrschaft des B.G.B. nach § 157 zu gelten.

4) l. 67 D. de R. J. 50, 17. Julianus libro 87 digestorum. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. l. 21 § 1 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 80 D. de verb. obl. 45, 1.

entsprechenden rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen. Man bezeichnet dies meist als *Konversion* des Rechtsgeschäftes. In der Tat handelt es sich aber um Erhaltung, nicht um Umwandlung des Geschäftes.[5] [6]

3. *Gültiges ist vom Ungültigen zu trennen* — utile per inutile non vitiatur.[7] Eine derartige Scheidung ist aber unzulässig, wenn ihr Ergebnis der Vertragsabsicht[8] oder der Intention von Verbotsgesetzen widerspräche.[9] [10]

4. Die Erhaltung letztwilliger Verfügungen,[11] der Dos,[12] der Freiheit — causae favorabiles — gilt nach den römischen Quellen als besonders anzustreben.

---

5) Ebenso B.G.B. § 140. Bürg. R. Bd. 1 § 119 II. Regelsberger lehrt Bd. 1 § 135: Der handelnde Nichtjurist *will* die zur Verwirklichung seines praktischen Zwecks *bestmöglichen Mittel des zutreffenden Rechts*. Ist dies richtig, wie auch wir annehmen, so ist es unrichtig, wenn Regelsberger Bd. 1 § 176 Anm. 5 die hier entwickelte Anschauung bekämpfend behauptet, „die Konversion verfährt ähnlich wie die analoge Rechtsanwendung, sie handelt nicht gemäß dem Willen, aber im Sinne der Parteien". Die s. g. Konversion verwirklicht ja nur den *Willen* des Handelnden, das bestmögliche Mittel des zutreffenden Rechts zu finden. Die analoge Anwendung von *Rechtsnormen* ist notwendig, weil eine Rechtsnorm in jedem Fall gefunden werden muß, analoge Anwendung *rechtsgeschäftlicher Erklärungen* aber durchaus unzulässig.

6) Beispiele solcher Konversion des *Namens* des Geschäftes, nicht des Geschäftes selbst geben l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5, l. 8 pr., l. 19 pr. D. de acceptil. 46, 4 und andererseits l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. l. 1 § 4 D. de pecunia constituta 13. 5. R.G. Bd. 31 S. 34. Vgl. Römer, Konversion der Rechtsgeschäfte im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 36 n. 4. Eine Konversion des Geschäftes *der Sache nach* findet sich, wenn einem Beteiligten das Recht gegeben ist, das Geschäft *durch seinen Entschluß umzuwandeln*, z. B. der Mieter wird berechtigt, die Miete nach Belieben in ein Kaufgeschäft zu verwandeln. Es gehört hierher auch die Kodizillarklausel, wonach der Testamentserbe seine Erbeseinsetzung in die Zuwendung eines Universalfideikommisses umwandeln darf.

7) l. 1 § D. de verb. obl. 45, 1, vgl. aber l. 7 § 1 D. de receptis 4, 8. Römische Beispiele der Regel sind folgende: Zinsversprechen, welche das gesetzliche Zinsmaximum überschritten, waren bis zum Belaufe der gesetzlichen Zinsen gültig, Zahlungsversprechen — constitutum — einer Schuld über das Maß der Schuld hinaus haben bis zu deren Belauf Geltung. l. 11 § 1 D. de pecunia constituta 13, 5. Dagegen war eine fidejussio, durch welche mehr als die Hauptschuld versprochen wurde, gemäß strikten Rechtes in Rom ganz ungültig. Nicht insinuierte Schenkungen über 500 solidi waren über diesen Betrag hinaus nichtig, bis zu diesem Betrage gültig. Vermächtnisse, welche die Falcidische Quart überschritten, wurden reduziert.

8) Sie ergibt sich aus den Zwecken des Geschäfts. Man kauft z. B. einen Bauplatz mit einem ihn durchschneidenden öffentlichen Wege, dessen Verlegung man zu erreichen hofft. Es gelingt nicht, diese Verlegung zu erwirken, der Kauf ist ganz unwirksam.

9) Nach dem Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 und B.G.B. § 138 Abs. 2 sind wucherische Geschäfte im ganzen nichtig, also keineswegs bloß auf den Betrag der übermäßigen Vorteile, welche sich der Gläubiger ausbedungen hat.

10) B.G.B. § 139 dreht die Regel um, Bürg. R. Bd. 1 § 119 I. Das Ergebnis ist in der Mehrzahl der Fälle kein anderes als nach römischem Recht.

11) l. 12 D. de R. J. 50, 17, l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 12 § 2 D. de usu 7, 8, B.G.B. § 2084.

12) l. 85 pr. D. de R. J. 50, 17, l. 2. l. 70 D. de jure dotium 23, 3.

Fünfter Abschnitt.

Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel.

Selbsthilfe und Rechtshilfe.

§ 125. Selbsthilfe.[1]

1. Die Privatrechte werden in unzähligen Fällen freiwillig verwirklicht. Häufig aber finden sie Widerstand, den sie zu überwinden haben. Hier begegnet sich das Privatrecht mit dem öffentlichen Rechte, welches ihm Rechtshilfe gewährt, dagegen die Selbsthilfe zurückdrängt.[2]

Selbsthilfe ist Verwirklichung eines Rechtes gegen Widerstand mittels Veranstaltungen des Berechtigten ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit.

Die Anwendung der Selbsthilfe liegt nahe, wenn man in einem Rechte gekränkt wird, von dessen Bestehen man überzeugt ist. Denn sie erscheint als die rascheste und wirksamste Weise, dem Unrecht zu begegnen. Dennoch ist der Staat genötigt, ihr enge Grenzen zu ziehen. Knüpfen sich doch an die Selbsthilfe leicht Ausschreitungen von beiden Seiten. Auch könnte sich unter dem Vorwande der Selbsthilfe Willkür und Gewalt üppig entwickeln. Die Beschränkung der Selbsthilfe läßt sich aber nicht anders durchführen, als durch öffentliche oder auch private Strafen. So entsteht leicht die tragische Folge, daß dem Strafgesetze verfällt, wer nur sein gutes Recht durchführen wollte.

2. Die Selbsthilfe ist entweder Selbstverteidigung oder Selbstbefriedigung.

Selbstverteidigung ist Aufrechterhaltung bestehender Zustände gegen Antastungen anderer durch eigene Kraft. Hauptfall ist Widerstand gegen Besitzstörungen.

---

1) Linde in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 21; Benfey, rhein. Museum Bd. 7 n. 1; Sartorius in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 1; Schmitt, die Selbsthilfe 1868; Wendt, Faustrecht in Jherings Jahrbüchern Bd. 21 n. 2; Bähr ebenda Bd. 26 S. 257; Bücking, über die strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe, Gött. Inaug.-Diss. 1892. Vgl. auch Liszt, die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht bei Bekker und Fischer, Beiträge zum Entwurf n. 5, Heyer, die Selbsthilfe, Arch. für Bürg. R. Bd. 19 S. 38.

2) Die zwangsweise Durchführung des Rechtes geschieht auf älteren Kulturstufen vorzugsweise durch Selbsthilfe, die jedoch mehr und mehr unter staatliche Kontrole gestellt wird. Erst der entwickelte Staat stellt seine Rechtshilfe an die Stelle der Selbsthilfe. Vgl. Lothar Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 617.

Selbstbefriedigung ist die eigenmächtige Herstellung eines unserem Rechte entsprechenden Zustandes. Insbesondere ist die Verwirklichung von Forderungen, z. B. durch Wegnehmen der Schuldobjekte, Selbstbefriedigung.

In der Regel ist Selbstverteidigung berechtigt,[3] Selbstbefriedigung aber nicht berechtigt.

Doch ist auch Selbstbefriedigung im Notstand berechtigt, d. h. dann, wenn die Hilfe der Obrigkeit zu spät kommen würde, um unwiederbringlichen Schaden von uns abzuwenden.[4]

Selbstbefriedigung ist ferner zulässig, wenn sie vertragsmäßig erlaubt wurde, sofern sie sich in den Grenzen der Vereinbarung hält.[5] [6]

3. Unberechtigter Selbsthilfe trat in Rom die öffentliche Strafe des crimen vis entgegen.[7] Hieran schlossen sich Privatstrafen:

a) Nach einem decretum divi Marci verlor der Gläubiger, welcher eine eigenmächtige Privatpfändung gegenüber seinem Schuldner vornahm, sein Forderungsrecht.[8] Dies dehnte man auf Fälle aus, in welchen der

---

3) l. 1 C. unde vi 8, 4. Diocletianus et Maximianus. Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. Vgl. l. 3 D. de just. et jure 1, 1, l. 4 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 1 § 27 D. de vi 43, 16. Vgl. B.G.B. § 859 Abs. 1. Der juristische Besitzer ist befugt, denjenigen, welcher für ihn besitzt, eigenmächtig aus seiner Sache herauszusetzen. Nach römischem Rechte hatte dieses Recht auch der Vermieter und Verpächter gegenüber dem Mieter und Pächter. Das Reichsgericht in Strafsachen — Bd. 9 S. 58 — erachtete dies aber nach gemeinem Recht nicht mehr für berechtigt. Es bestrafte daher den Vermieter wegen Nötigung, welcher, um den Mieter nach der Kündigung zum Ausziehen zu zwingen, Türen und Fenster der Mietwohnung aushob. Nach B.G.B. § 868 ist der Mieter und Pächter als „unmittelbarer Besitzer" gegen den Vermieter und Verpächter geschützt. Nach B.G.B. §§ 227, 228 ist zulässig Notwehr, sowie Zerstörung oder Beschädigung uns oder andere bedrohender Sachen.

4) l. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8, z. B. durch Wegnahme von Sachen, Festhaltung des Verpflichteten. Ebenso B.G.B. § 229 mit Kautelen. Über den Notstand überhaupt vgl. unten Bd. 2 § 131, von Buhr, Notstand 1888.

5) l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus. Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent; siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 327 ff., Wendt a. a. O. S. 227, S. 244. Vgl. hierzu auch R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

6) Erlaubt ist auch die Einschließung der Mietsachen in der Mietwohnung, solange der Mieter seinen Verpflichtungen aus der Miete nicht vollständig Genüge geleistet hat, l. 9 D. in quibus causis pignus 20, 2. Vgl. B.G.B. § 561 Abs. 1.

7) l. 5, l. 8 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. vgl. über das crimen vis Rein, Kriminalrecht der Römer S. 732 und dort Angeführte, Mommsen, röm. Strafr. S. 652.

8) l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. Callistratus libro 5 de cognitionibus. Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, divus Marcus decrevit jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt. „Optimum est, ut, si quas putas te habere

Gläubiger sonst eigenmächtig Zahlung erzwang. Es war nicht notwendig, daß diese Eigenmacht in Gewalt bestand.

b) Nach der l. 7 C. unde vi 8, 4 vom Jahre 389 hatte der Eigentümer, welcher mit Gewalt den Besitzer verdrängte, diesem die Sache zurückzugeben und verlor sein Eigentum. War er Nichteigentümer, so hatte er außer der Sache deren Wert zu erstatten.

Schon dem gemeinen Rechte sind die römischen öffentlichen und privaten Strafen der Selbsthilfe fremd geworden;[9] jetzt sind sie zweifellos beseitigt.

4. Selbsthilfe an sich ist nicht mehr strafbar. Allein die Mittel der Selbsthilfe können strafbare Vergehen bilden. Ein Vergehen ist namentlich widerrechtliche Nötigung eines anderen durch Gewalt zu einer Handlung oder Unterlassung.[10] Daß man zum Zweck der Verwirklichung seines Rechtes in solcher Weise vorging, hebt allein die Widerrechtlichkeit nicht auf, wohl aber, daß man sich in den Grenzen gesetzlich berechtigter Selbsthilfe hält, z. B. bei der Verteidigung seines Besitzes.[11]

Ebenso macht Sachbeschädigung, wenn sie behufs berechtigter Selbsthilfe geschah, zivilrechtlich und strafrechtlich nicht verantwortlich.[12] Auch gegenüber der Anklage wegen Hausfriedensbruches und anderer Vergehen gibt berechtigte Selbsthilfe einen Verteidigungsgrund.[13]

---

petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari. tu petitor es." et cum Marcianus diceret „vim nullam feci": Caesar dixit „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id. quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire, quicquam non jure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit." Vgl. hierzu dieselbe Stelle mit mehrfachen Interpolationen in l. 13 D. quod metus causa 4, 2, siehe ferner l. 12 § 2 D. eod.

9) Vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches nahm die Theorie überwiegend an, daß die römischen Privatstrafen wegen Selbsthilfe in Deutschland Geltung hätten. Auch der Praxis waren sie nicht fremd, doch war ihre praktische Anerkennung keineswegs eine allgemeine. Seit dem Strafgesetzbuche sind sie außer Geltung. Angesehene Schriftsteller, wie Windscheid Bd. 1 § 123 Anm. 4a, haben sich gegen ihre weitere Anwendbarkeit ausgesprochen. Das R.G. Bd. 11 S. 244, Bd. 18 S. 218 ist ihnen beigetreten. Allerdings sind die Gründe, welche sie anführen, vom theoretischen Standpunkte aus bestritten, vgl. Brinz 2. Aufl. Bd. 1 S. 268, Thon, Rechtsnorm S. 33, Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1 S. 318. S. 330, aber für die Praxis war damit eine Handhabe gegeben, um von jenen Privatstrafen fortan vollends abzusehen. Hierfür auch Regelsberger Bd. 1 § 190 Anm. 8, Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 39 Anm. 8.

10) Strafgesetzbuch § 240.

11) Ja es genügt, daß man infolge tatsächlichen Irrtums annahm, innerhalb dieser Grenzen zu handeln. R.G. in Strafsachen Bd. 16 S. 150.

12) l. 4 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 29 § 3, l. 49 § 1 D. eod., l. 7

§ 126. Rechtshilfe.[1]

1. Die Selbsthilfe ist nur in beschränktem Maße zulässig. Auch hat nicht jeder zu ihr die Kraft, nicht jeder die Neigung. Das Privatrecht bedarf daher der Hilfe des Staates.

So kommt es zu einem eigentümlichen Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Rechtes.

Das primäre ist hierbei das Privatrecht. Es müssen schutzbedürftige privatrechtliche Berechtigungen oder doch Interessen bestehen; die beteiligten Privaten müssen zu deren Wahrung tätig sein und die hierzu nötigen Anträge stellen.

Der Staat tritt, wenn er sich von deren Berechtigung überzeugt hat, mit den Machtmitteln des öffentlichen Rechtes, mit seiner Zwangsvollstreckung ein.

Nicht richtig ist die Vorstellung, daß das Privatrecht die Befugnis zur Pfändung der Vermögensobjekte des Schuldners, zur Wegnahme geschuldeter Sachen und zu anderen Zwangsvollstreckungsmitteln gebe, daß aber der Private bei der Ausübung der Vollstreckung an die Mitwirkung der Gerichte und der Organe derselben gebunden sei. Hiernach würde der Staat seine Beamten dem Dienste der Privaten bereitstellen, der Antrag der Privaten wäre Auftrag, die Beamten wären Vertreter der Parteien.[2]

Es ist wichtig, scharf zu unterscheiden. Der Staat hat ein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte nicht. Für ihn ist gleichgültig, ob eine Sache in der Hand des

---

§ 4 D. quod vi aut clam 43, 24, l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19, 5. Pernice, Sachbeschädigung S. 34 ff., R.G. Bd. 5 S. 161.

13) Kann unberechtigte Selbsthilfe als Diebstahl oder Unterschlagung bestraft werden? Das Strafgesetzbuch setzt im § 242 fest: wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls bestraft; entsprechend bestimmt es im § 246 die Unterschlagung. Hiernach hat R.G. für Strafsachen Bd. 1 S. 193 unberechtigte Wegnahme von Zahlungsmitteln behufs Tilgung einer Forderung als Diebstahl aufgefaßt, vgl. freilich auch R.G. Bd. 2 S. 184. Dem Wortlaute des Strafgesetzbuches mag dies entsprechen. Aber der Begriff der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung kann nicht allein aus den Worten des Gesetzes entnommen werden. Die historische Entwicklung, die volkstümliche Auffassung muß bei der Auslegung in das Gewicht fallen. Eine „diebische" Absicht muß vorhanden sein, wenn ein Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthilfe beabsichtigt, hat sie nicht.

1) Fischer, Recht und Rechtsschutz in s. u. Bekkers Beitr. z. Entwurf n. 6.

2) Diese Auffassungen haben grundsätzliche Vertretung bei A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 64 gefunden. Auf demselben Standpunkte stehen die Schriftsteller, welche annehmen, daß der Richter bei der notwendigen Subhastation, d. h. der öffentlichen Versteigerung von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung, Vertreter des Gläubigers oder auch des Schuldners sei. Vgl. aber auch Lothar Seuffert in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 616.

A. oder des B. ist, ob der D. ein Darlehen rechtzeitig zurückzahlt oder nicht. Nur darin besteht das öffentliche Interesse, daß jedem *sein Recht zu Teil wird, wenn er es verlangt*. Denn hierauf beruht das geordnete Zusammenleben in der Gesellschaft.

Um deswillen ist das öffentliche Recht und die öffentliche Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Privatrechte von der Bedingung der Parteitätigkeit abhängig. Es bedarf eines Antrages, damit sich das Gericht in Bewegung setzt; wird der Antrag zurückgezogen, so erledigt sich damit das Verfahren. Aber der Richter und seine Organe vollziehen öffentlichrechtliche Funktionen, wenn sie infolge der Parteianträge tätig werden. Sie erhalten ihren Auftrag vom Staate; sie dienen ihm, wenn sie den Anträgen der Parteien gerecht werden.[3]

2. Mit der staatlichen Hilfe in *bürgerlichen Rechtssachen* sind die *Gerichte* betraut.[4] Das Verfahren vor diesen nennt man *Rechtsweg*.[5]

Bürgerliche Rechtssachen — Justizsachen — entspringen aus privatrechtlichen Verhältnissen. Auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes haben oft eine privatrechtliche Seite und bilden insoweit Justizsachen.[6] Beispielsweise sind die vermögensrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten an den

3) Der Gegensatz der Auffassung zeigt sich praktisch bei der Frage, ob der Richter, welcher sich bei Durchführung einer Zwangsvollstreckung eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, dem beschädigten Gläubiger unmittelbar mit der Mandatsklage haftet oder nur infolge der Syndikatsklage, d. h. der Klage wegen Amtsvergehens, welche voraussetzt, daß von anderer Seite Ersatz nicht zu erlangen ist. Ist die Mandatsklage gegen den Richter nicht begründet, — und wir behaupten, daß sie im praktischen Leben niemand als zulässig erachten würde, — so rechtfertigt dies den Schluß, daß dem geltenden Rechte die Auffassung von A. S. Schultze fern liegt, wie sie auch theoretisch unhaltbar ist. — Zweifelhaft ist aber die Sache beim Gerichtsvollzieher. Nach der C.P.O. § 753 geschieht die Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher im „Auftrage" des Gläubigers. Die Motive der C.P.O. S. 411 heben hervor: „aus der Selbständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Tätigkeit in Anspruch nehmen". Das R.G. hat Bd. 16 S. 396, 404 mittels Plenarbeschlusses angenommen, daß der Gerichtsvollzieher eine Doppelstellung habe, daß er zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der betreibenden Partei sei. Als Mandatar sei er der Partei kontraktlich und nicht bloß subsidiär wegen Verschuldung haftbar. Vgl. R.G. Bd. 17 S. 332, v. Welck, rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers Gruchot Bd. 36 n. 15, Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte S. 238.

4) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13. Doch sind nach Einführungsgesetz zur C.P.O. § 15 Ziff. 1 unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Prozeßverfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht. In Preußen besteht hierfür der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

5) „Recht" ist alte Bezeichnung für Gericht. Daher auch „rechtshängig" für bei Gericht anhängig.

6) Bezüglich des Verhältnisses der Justiz zur Staatsverwaltung gibt ein reiches Material Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 3 S. 179—636.

Staat Justizsachen, obgleich das Verhältnis des Staates zu seinen Beamten an und für sich öffentlichrechtlicher Natur ist.[7]

3. Das öffentliche Recht bestimmt in zwingender Weise, von wem die Parteien Recht zu nehmen haben. Abweichende Vereinbarungen derselben über den Rechtsweg sind nur in beschränkter Weise zulässig.[8] Unstatthaft ist es insbesondere, eine der beteiligten Parteien selbst zum Richter über die Streitsache zu machen — nemo judex in propria causa.[9] [10]

4. Das Recht auf Justiz steht jedem Bürger zu, es ist das wichtigste subjektive öffentliche Recht des einzelnen, das einzige Grundrecht, welches die deutsche Reichsverfassung in ihrem Art. 77 dem Deutschen gewährleistet. Auf diesem Grundrecht fußt er, wenn er vom Richter sein Recht verlangt, nicht als Gnade und Willkür, sondern als ein „Muß".[11]

Zweites Kapitel.

Die Klagerechte.

§ 127. Begriff des Klagerechtes.[1]

1. Klage — actio — ist die gerichtliche Handlung, durch welche man ein Prozeßverfahren und ein richterliches Urteil herausfordert. Sie bildet einen Angriff des Klägers gegen den Beklagten.

---

7) Nach G.V.G. § 9 darf der Rechtsweg wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse nicht ausgeschlossen werden.

8) Unter anderem sind Schiedsverträge gültig, vgl. C.P.O. § 1025 ff., unten §§ 165, 166.

9) Der Vertrag einer Staatsbehörde mit einem Privaten, wonach in Streitfällen die Behörde unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, ist daher unverbindlich. Ungültig ist auch die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrages, daß über die Ausschließung eines Gesellschafters die Mehrheit der übrigen unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, R.O.H.G. B. 21 S. 84.

10) Vereinbarungen, wonach man auf die Klagbarkeit eines Rechtes verzichtet, sind gültig. l. 22, l. 32 D. de pactis 2, 14.

11) Für Regelsberger dagegen Bd. 1 § 191 ist dies Recht ein problematisches „publizistisches Ding". Nach ihm „darf man nicht von einem besonderen Recht des einzelnen gegen den Staat auf Rechtsschutz, von einem publizistischen Klagerecht (Laband) oder einem Rechtsschutzanspruch (Wach) sprechen". Damit fällt aber das Recht. Über die verschiedenen Auffassungen vgl. Langheineken, der Urteilsanspruch 1899 §§ 3, 4.

1) Die historische Seite des Aktionenrechtes haben dargestellt: Keller, Zivilprozeß und die Aktionen 1. Ausg. 1852, 6. Ausgabe bearb. von Wach 1883; ferner Bekker, die Aktionen des röm. Privatr., 2 Bde. 1871 ff. Die dogmat. Seite wird vorzugsweise berücksichtigt von: Savigny Bd. 5 §§ 204 ff.; Wächter, Württ. Pr. Recht

2. Klagerecht — gleichfalls actio genannt — hat eine doppelte Bedeutung: eine prozessualische, dem öffentlichen Rechte zugehörige, und eine privatrechtliche.[2] Prozessualisch hat ein Klagerecht, wer das Bestehen einer klagbaren Befugnis behauptet;[3] er kann Justiz über seinen angeblichen Rechtsanspruch verlangen. Klagerecht im privatrechtlichen Sinne ist das Recht des Klägers auf ein ihm günstiges Urteil gegenüber dem Beklagten.[4] Der Kläger muß die Befugnis haben, welche er durch Klage geltend macht. Nur die privatrechtliche Seite des Klagerechtes ist hier zu besprechen.

3. Das Klagerecht setzt in der Regel ein schutzbedürftiges Recht voraus, also

a) ein Recht, welches der Klage zu Grunde liegt. Es gibt jedoch Fälle, in welchen die bloße Gefahr, daß sich Unrecht einbürgert, eine Klage hervorruft;[5]

b) das Bedürfnis eines Schutzes wegen Nichtbefriedigung eines Rechtes oder wegen Gefährdung des Rechtszustandes.

Wegen Nichtbefriedigung erwächst eine Klage auf Erfüllung, wenn einem fälligen Recht nicht Genüge geleistet wird. Nicht erforderlich ist, daß die Nichtbefriedigung eine absichtliche oder auch nur eine schuldhafte ist; denn dem Rechte muß ohne Rücksicht auf die Meinung des Verpflichteten Verwirklichung werden. Auch eine vorhergehende Mahnung wird nicht verlangt; denn ein solches Erfordernis würde unerwünschte Weitläufigkeiten und Kosten verursachen.

Häufig bezeichnet man als Klagevoraussetzung statt Nichtbefriedigung „Rechtsverletzung". Das ist anschaulich, auch vielfach zutreffend, aber nicht genau und kann zu dem Mißverständnis führen, als sei ein subjektives Unrecht des Beklagten zur Klage gefordert, was zweifellos nicht der Fall ist.[6]

Bd. 2 S. 411 ff. und Erörterungen Heft 3; Windscheid, die actio des röm. Zivilr. 1856, Langheineken an dem § 126 Anm. 11 gen. Orte, Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900, Hölder, Anspruch u. Klagr., Zeitschr. f. Zivilproz. Bd. 29 S. 50. Praktische Gesichtspunkte verfolgt Kroll, Klage u. Einrede nach deutsch. Recht 1884.

2) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm 1877 S. 9 ff.

3) Hiernach versprachen die Prätoren im späteren Ediktsstil Klagen „si dicetur", z. B. l. 1 § 1 D. de dolo malo 4, 3: quae dolo malo facta esse dicentur, ... judicium dabo.

4) Diesen Sinn legt die berühmte Definition der actio in der l. 51 D. de obl. et act. 44, 7 zu Grunde: Celsus libro 3 digestorum: Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi. Vgl. Wlassak in Paulys Realencyklopädie, Wort: actio.

5) Es gehört hierher die negative Feststellungsklage, welche das Nichtbestehen eines vom Gegner beanspruchten Rechtsverhältnisses geltend macht. Sie stützt sich nur auf ein Interesse, nicht auf ein Recht.

Wegen Gefährdung kann eine Klage auf richterliche Feststellung des Rechtszustandes angestellt werden, wenn die Gefahr vorliegt, daß sonst eine Verdunkelung desselben eintritt, und auf Schutzmaßregeln, wenn es sich um eine tatsächliche Gefährdung handelt.

Das heutige Recht gewährt Klagen wegen Gefährdung in weiterem Umfang als das römische.

4. Die Römer bildeten besondere „Klagerechte" — actiones — aus, mittels deren der Kläger seine Rechte zur Geltung brachte. Man fragte nicht so sehr darnach, ob er ein Recht habe, als ob er ein Klagerecht habe, ob eine actio bestehe. Man betrachtete daher in Rom die Klagerechte als besondere und selbständige Befugnisse. Die Juristen entwickelten scharf und bestimmt die Voraussetzungen der actiones. Welche Natur das hinter ihnen stehende Recht habe, wurde zuweilen nur beiläufig, zuweilen gar nicht erörtert.

Gemeinrechtlich gilt, von besonderen Fällen abgesehen, der Satz, daß, wer ein Recht hat, auch befugt ist, dasselbe durch Klage zur Geltung zu bringen. Das Klagerecht ist hiernach nicht mehr etwas Selbständiges, außer dem Rechte Stehendes. Es wohnt dem Rechte inne.

Das Klagerecht bildet eine Eigenschaft des Rechtes, aber das Recht geht nicht in ihm auf. Es gibt ihm die Gewähr, es ist das Mittel, welches seine zwangsweise Verwirklichung vorbereitet.[7]

§ 128. Das römische Aktionensystem.

Das römische Aktionensystem erhielt seine Grundlage durch die Juristen zur Zeit der legis actiones und gewann reiche Ausbildung in der darauf folgenden Epoche des Formularprozesses durch die Edikte der Magistrate, insbesondere der mit der Zivilrechtspflege betrauten Prätoren.

Dies System hing auf das engste mit der altrömischen Gerichtsverfassung zusammen.

6) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 68, Hölder, Zeitschr. f. Z.P. Bd. 22 S. 1, Hellwig a. a. O.S. 352.

7) Vgl. Hellmann in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 86. Windscheid, die actio, will die römische „actio" in den Darstellungen des gemeinen Rechtes durch „Anspruch" ersetzt wissen. Hiernach verfährt er in den Pandekten Bd. 1 § 44. Wir können dem nicht nachfolgen. Das Klagerecht ist auch im heutigen Rechte eine wichtige Seite des Rechtes im subjektiven Sinne. Deshalb bedarf es auch heute noch einer besonderen Betrachtung und Behandlung. Anspruch und Klagerecht sind etwas Verschiedenes, vgl. oben § 39. Auch die Römer haben Anspruch und Klagerecht unserer Ansicht nach wohl zu unterscheiden gewußt. Vgl. das decretum divi Marci l. 7 D. ad legem Juliam 48, 7 si quas tu putas te habere „petitiones", „actionibus" experiaris. Vgl. auch Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 379.

1. Die Magistrate hatten nach der altrömischen Auffassung nicht den Beruf, die privaten Rechtsstreitigkeiten der Bürger kraft Amtsgewalt zu entscheiden; vielmehr lag ihnen nur ob, einen judex — Geschworenenrichter — zur Prüfung und Urteilsfällung einzusetzen. Auch zu dieser Ernennung waren die Magistrate nicht selbständig, sondern nur auf Grund des Einverständnisses beider Parteien ermächtigt.[1] Aber der Beklagte durfte sich der Einigung über die Entscheidung des Streithandels durch einen unparteiischen Richter nicht willkürlich entziehen.[2] Sonst traf ihn — als indefensus — die schwere Strafe der Vernichtung seiner Vermögensexistenz.

Demgemäß zerfiel der ordentliche Prozeß bis gegen Ende der heidnischen Kaiserzeit in das Verfahren vor dem Magistrat — in jure,[3] und in das vor dem Geschworenenrichter — in judicio.

Das Verfahren in jure bezweckte die den Rechten gemäße Verständigung der Prozeßparteien über Person und über Aufgabe des judex und die Sanktion derselben durch den Magistrat. Der dem Kläger ausgehändigte schriftliche prätorische Befehl, welcher zur Zeit des Formularprozesses das Gericht, d. h. Person und Aufgabe des Richters feststellte, hieß formula, die zweiseitige Parteierklärung, durch welche die Prozeßparteien das von dem Prätor in der Formel verordnete Gericht annahmen und das Verfahren in jure seinen Abschluß fand, die Litiskontestation.[4] Bestandteile hatte die formula vier, nämlich einmal häufig eine demonstratio — die Angabe der Prozeßsache, ferner immer eine intentio — Bezeichnung des Rechtsgrundes der Klage, ferner meist eine condemnatio — die Anweisung, zu verurteilen oder loszusprechen, und außerdem in einigen Fällen eine adjudicatio — die Ermächtigung, Eigentum oder dingliche Rechte zuzuteilen.

Die Verhandlung in judicio geschah auf Grund der Formel.

---

1) Daher denn „judicio contrahitur". l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1 Ulpianus libro 29 ad edictum. Idem scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi. l. 61 D. de judiciis 5, 1; vgl. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 179, Pernice, Parerga II S. 55 in der Savignyzeitschrift Bd. 5.

2) Daher l. 22 D. de tut. et rat. 27, 3. Paulus libro 13 quaestionum. Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

3) Die Ansichten über die Grundgedanken des Formularprozesses stellt zusammen und kritisiert A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 228. Über dessen Auffassung vgl. Pernice, Parerga II S. 46 Anm. 3 und L. Seuffert, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 8 S. 198 ff.

4) Hierüber und die Literatur siehe unten § 153.

Nach Maßgabe derselben und nach dem Ausfall der Beweise sprach der Richter das Urteil.[5]

2. In den Edikten der rechtsprechenden Magistrate waren Musterformeln für die actiones verzeichnet, welche dem Kläger gewährt wurden.

a) Die Klagen stammten teils aus dem Zivilrechte — actiones civiles — teils aus der Jurisdiktion der Magistrate — actiones honorariae.[6]

b) Man unterschied ferner actiones directae und utiles. Actiones directae sind die ursprünglichen Klagerechte, wie sie das Zivilrecht ausgebildet oder der Prätor zunächst ersonnen hatte;[7] actiones utiles die nach ihrer Analogie gebildeten Klagen. Die actiones utiles gehören bald zu derselben Spezies von Rechten, wie die actio directa, z. B. die actio legis Aquiliae utilis wegen solcher Sachbeschädigungen, welche durch die a. directa nicht getroffen wurden, bald begründen sie neue Arten von Rechten, wie z. B. der Fall war, als man gewissen Erbpächtern eine utilis vindicatio gab.

c) Neben die actiones im engeren Sinne traten seit sehr alter Zeit die interdicta. Bei den Interdikten begann das Verfahren mit einem persönlichen Befehl des Prätors an die anwesenden Parteien. Die Interdikte waren entweder prohibitoria oder restitutoria oder exhibitoria. Die prohibitoria — vornehmlich mit der Formel: vim fieri veto — sprachen ein Verbot aus; die restitutoria mit der Formel: restituas enthielten das Gebot der Herausgabe von Objekten; die exhibitoria mit der Formel exhibeas das Gebot eines Vorweisens. Verbot und Gebot wurden bedingt, d. h. für den Fall erlassen, daß gewisse Umstände richtig befunden würden.

---

5) Gaj. Inst. IV § 39.

6) l. 25 § 2 D. de oblig. et act. 44, 7. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae, § 3 J. de act. 4, 6. Die actiones civiles verweisen in der intentio auf das jus civile, z. B. das ex jure Quiritium actoris esse oder das dare oportere, sie hatten formulae in jus conceptae. Die prätorischen Klagen waren höchst mannigfach stilisiert. Sie waren zum Teil in factum, so daß der Prätor den Kondemnationsbefehl nicht an ein Recht, sondern an bestimmte von ihm aufgeführte Tatsachen knüpfte, zum Teil hatten auch sie eine formula in jus concepta, so daß aber der Prätor mehr oder minder wichtige Änderungen des Zivilrechtes durch Fiktionen, Umstellungen oder andere Zusätze traf. Gaj. Inst. IV §§ 45, 46; Keller, Zivilprozeß §§ 30 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 1 ff., aber auch Pokrowsky, die actiones in factum, Zeitschr. der Sav. Stiftg. Rom. A. Bd. 2 S. 7, und hierüber Erman das. Bd. 19 S. 261, gegen diesen wieder Pokrowsky das. Bd. 20 S. 99.

7) Etwas anderes sind die actiones directae im Gegensatze zu den actiones contrariae. Actio directa ist die Hauptklage, d. h. diejenige, welche sich primär aus den Zwecken des bezüglichen Geschäftes ergibt, z. B. die actio depositi directa auf Rückgabe des Depositums. Actio contraria ist die Gegenklage, welche sich mehr zufällig anschließt, z. B. die a. depositi contraria des Depositars gegen den Deponenten wegen Verwendungen.

Der Ungehorsame verfiel in Strafe, zu welcher er sich durch sponsiones anheischig machen mußte. Er konnte außerdem auf Ausführung dessen verklagt werden, was der Prätor von ihm gefordert hatte.[8]

Was war der Grundgedanke des Interdiktsverfahrens? Es handelte sich um Tatbestände, die nicht Rechte gaben, nach altrömischer Anschauung zum Teil nicht zu Rechten werden konnten und doch einen Anspruch auf Rechtsschutz an sich trugen. Ihnen verlieh der besondere prätorische Befehl den Rechtscharakter. Das Interdikt in seiner alten Gestalt ist einem Privilegium ähnlich.

Im Laufe der Zeit wurden die Interdikte ohne weiteres formularmäßig erteilt. Schließlich wurden sie nicht mehr für den Einzelfall erteilt. Es genügte, daß sie im prätorischen Album verzeichnet waren, damit Klagen aus ihnen entsprangen. Jetzt waren sie einfache Klagerechte. Was ursprünglich wie ein Privilegium verliehen wurde, war jetzt Rechtsnorm.[9]

3. In der klassischen Kaiserzeit kamen für bestimmte Fälle Klagerechte in Aufnahme, über welche der Magistrat selbständig — ohne Geschworene — unter freiestem Ermessen urteilte, extraordinariae cognitiones.[10] Die Staatsordnung Diokletians beseitigte die Geschworenenverfassung, so daß fortan die Magistrate persönlich, in Ausnahmefällen durch Vertreter entschieden.[11] Man drückte dies so aus: alle Prozesse werden im Extraordinarverfahren behandelt. Das galt aber nur für die Form der Verhandlung; daneben erhielt sich das Aktionensystem der klassischen Zeit.

§ 129. Persönliche und dingliche Klagen.

Die oberste Einteilung der Klagerechte ist in persönliche — actiones in personam — und in dingliche — actiones in rem.[1] Sie wurzelt in der Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Rechte.

8) Gaj. Inst. IV §§ 138 ff. Keller, Zivilprozeß §§ 84 ff. Adolf Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer 1853. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 51 ff. Ubbelohde, Die Interdikte des röm. R. (Glücks Pand. Serie B. 43, 44). T. 1 und 2; T. 3 und 4 handeln von den einzelnen Interdikten, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 §§ 107 ff.

9) Schmidt a. a. O. S. 304 ff. erachtet jeden Versuch, ein Prinzip der Abgrenzung des Interdiktengebietes zu entdecken, für vergeblich. Hiergegen Bekker a. a. O. S. 68 und vor allen Pernice, Parerga VI, Sav. Ztschr. Bd. 17 S. 194. Nach ihm waren die Interdikte magistratische Befehle zur Wahrung des gemeinen Friedens, zum Schutze der Gesamtheit. Vgl. auch Pernice, Parerga II, Sav. Ztschr. Bd. 5 S. 34; abweichend Karlowa a. a. O. § 112.

10) Hierhin gehörten die Fideikommisse, gesetzliche Alimentenforderungen, Polizitationen, Gebührenansprüche z. B. der Rechtsanwälte, Makler. Näheres siehe bei Pernice, amtsrechtliches Verfahren in den Festgaben für Beseler 1885 S. 51.

11) Vgl. l. 2 C. de pedaneis judicibus 3, 3 und Pernice a. a. O. S. 77.

a) Die persönlichen — die Forderungsklagen[2] — gründen sich auf Rechtsverhältnisse, welche nur die Leistung einer Person bezwecken und mit derselben endigen. In der Regel bestimmt schon der Begründungsakt ein- für allemal und namentlich die Person des dereinstigen Beklagten, z. B. das Darlehns- oder das Kaufgeschäft. Es gibt aber auch persönliche Klagen, die man in rem scriptae nennt,[3] bei welchen wechselnde Umstände, z. B. Besitz, die Person des Beklagten bestimmen. Es gehört hierher namentlich die actio quod metus causa gegen Personen, welche etwas infolge der Erpressung mittelbar erlangt haben, ferner die Teilungsklage und insbesondere die Grenzscheidungsklage. Persönlich sind diese Klagen, weil die Ansprüche aus den zu Grunde liegenden Verhältnissen, z. B. der Erpressung, erledigt sind, wenn sie ihr Ziel erreicht haben.[4]

b) Dingliche Klagen gründen sich in Rechtsverhältnissen, die einen dauernden Charakter und allgemeinen Bezug haben, so daß sie nicht in einer einmaligen Leistung aufgehen.

Vorzüglich wird die Eigentumsklage als actio in rem bezeichnet, ferner sind dinglich die Klagen aus dinglichen Rechten an fremden Sachen, insbesondere die Servitutenklagen.

Im weiteren Sinne ist actio in rem jede Klage, die nicht aus einer Obligation[5] entspringt. Vor allem die Erbschaftsklage, ferner Präjudizialklagen, welche Statusrechte zur Anerkennung bringen.[6]

Wesentlich ist, daß das dingliche Klagerecht das zu Grunde liegende Recht nicht erschöpft. Wird z. B. einer Eigentumsklage durch Herausgabe der vindizierten Sache Genüge geleistet, so besteht selbstverständlich das Eigentumsrecht fort. Es kann zur Grundlage neuer Klagen werden.

---

1) § 1 J. de actionibus 4, 6. Gaj. Inst. IV § 1.

2) § 1 J. de act. 4, 6. Gaj. Inst. IV § 2.

3) Wenigstens von der actio quod metus causa sagt Ulpian in der l. 9 § 8 D. h. t. 4, 2 „cum autem haec actio in rem sit scripta". Vgl. Kolkmann, die a. in rem scriptae. Inaug.-Diss. Göttingen 1888.

4) Für die actio quod metus causa ist dies klar. Ist die abgezwungene Sache restituiert, so ist der Anspruch aus dem Zwang erloschen. Bezüglich der actio finium regundorum spricht sich besonders deutlich Paulus in der l. 1 D. fin. reg. 10, 1 aus; weniger bestimmt ist § 20 J. de act. 4, 6.

5) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7, § 1 und § 2 J. de act. 4, 6.

6) § 13 J. de act. 4, 6. Auf Präjudizialklagen jeder Art läßt sich die Äußerung nicht beziehen.

§ 130. Strafklagen. Popularklagen.

1. Eine wichtige Unterart der Forderungsklagen waren in Rom die Strafklagen — actiones poenales.[1] Sie entsprangen aus Delikten d. h. besonders verpönten schuldhaften Handlungen, und gaben dem Verletzten gegenüber dem Schuldigen Anspruch auf eine private Geldstrafe. Sie hoben sich gegen die Vermögensklagen — actiones quae rem persequuntur — scharf ab.

Diese Strafklagen bildeten eine wesentliche Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechts der Römer.[2] Ihr Hauptzweck war die Strafe, jedoch war dieser Zweck nicht immer der einzige.

Man hat zu unterscheiden:

a) reine Strafklagen, welche nur den Zweck der Strafe haben. Reine Strafklage war z. B. die actio furti auf das Doppelte oder Vierfache des Gestohlenen.[3] Zur Rückforderung des Gestohlenen stand daneben die rei vindicatio oder die condictio furtiva offen.

b) gemischte Strafklagen verfolgten Strafe und damit zugleich Ersatz. Dahin gehörte die actio legis Aquiliae wegen Sachbeschädigung.

Im gemeinen Rechte ist die Stellung der Strafklagen eine andere als in Rom. Hierüber ist im Obligationenrechte zu handeln.[4]

2. Die Römer kannten noch actiones populares, d. h. Strafklagen, welche nicht bloß dem Verletzten, sondern jedem Bürger offen standen, und interdicta popularia, bei welchen gleichfalls jeder Bürger öffentliche Interessen wahren konnte.[5] Sie sind nicht rezipiert. Nach heutigem Rechte kann gewöhnlich nur klagen, wer ein eigenes Interesse an der Sache hat.[6]

---

1) Gaj. Inst. IV §§ 6 ff., §§ 16 ff. J. de act. 4, 6; Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 103.

2) Öffentliche Strafe wurde in Rom zuerkannt auf Grund der leges, welche quaestiones publicae — s. g. perpetuae — eingerichtet hatten, z. B. der lex Cornelia de falsis, der lex Julia de adulteriis, in der Kaiserzeit auch auf Grund von extraordinaria crimina, z. B. stellionatus wegen Betrugs, expilatae hereditatis wegen Plünderung eines Nachlasses.

3) Savigny nennt diese Strafklagen „zweiseitige", ein Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führen kann.

4) Siehe unten Bd. 2 § 129.

5) Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 341 ff., Paalzow, z. L. v. d. Popularklagen, Berlin 1889, Ubbelohde bei Glück Buch 43 und 44 T. 4 S. 529.

6) Gleichwohl gibt es besondere Fälle, in welchen auch heutzutage, ähnlich wie bei der römischen Popularklage, Nichtbeteiligte klagen können, vgl. oben § 56 bezüglich des Entmündigungsverfahrens. Siehe ferner § 6 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz des Gebrauchsmusters vom 1. Juni 1891, § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896.

§ 131. Kondiktionen, bonae fidei judicia.

I. Zwei Kategorien persönlicher Klagen sind eingehend zu betrachten, nämlich die condictiones einerseits,[1] die bonae fidei judicia andererseits. Ihre besondere Gestaltung beruht auf der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechtes, aber es treten in ihnen Gegensätze hervor, die dauernder Natur sind und sich unter ganz verschiedenen historischen Verhältnissen Bahn brechen.

1. Condictio, als eine der legis actiones, war die Form der Klagen auf bestimmte Geldsummen oder andere bestimmte Objekte, in Gestalt der Ansage des Klägers an den Beklagten, am 30. Tage zum Nehmen eines judex beim Prätor zu erscheinen.[2] Die Ansage gab der Prozeßart den Namen.

Nach dem Absterben der alten Form blieb der Name für die Klagen, für welche jene Form gegolten hatte. Und zwar gab es zwei Arten:

a) die actio certae pecuniae auf Übereignung — dare — bestimmter Geldsummen.[3]

b) die actio de certa re auf Übereignung anderer bestimmter Gegenstände. Ihre Musterformel im prätorischen Album lautete auf Getreide — triticum —; deshalb hieß vulgär diese Kondiktion die triticaria.[4]

Diese Klagen waren abstrakt gefaßt, d. h. sie hoben die Schuldgründe nicht besonders hervor.[5] Doch waren durch Zivilrecht und Jurisprudenz die Kondiktionsfälle festgestellt, nämlich: Stipulation, Litteralkontrakt, Legat, lex, Übereignung behufs eines Darlehens oder ohne Rechtsgrund.[6]

---

1) Siehe über Kondiktionen Savigny Bd. 5 S. 502 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 93 ff.; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilrecht Heft 1; Lenel, edictum perpetuum S. 184 ff.; R. v. Mayr, die condictio des röm. Privatrechtes, 1900.

2) Gaj. Inst. IV §§ 18 und 19. Die condictio war durch eine lex Silia für Klagen auf eine bestimmte Geldsumme, durch eine lex Calpurnia für Klagen auf jede bestimmte Sache eingeführt.

3) Die Formel lautete: si paret Nm Nm Ao Ao X milia dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao condemna s. n. p. a. — Gaj. Inst. IV §§ 41, 50.

4) Tit. Dig. 13, 3 de condictione triticaria. Stephanus schol. in Bas. XXIV 8, 7 bei Heimbach III S. 43, Lenel a. a. O. S. 190.

5) Den abstrakten Charakter der condictiones hat namentlich Baron a. a. O. verteidigt und Lenel a. a. O. S. 187 festgestellt. Es ist aber dabei zu beachten, daß nach dem prätorischen Edikte der Kläger bei der Klageerhebung in jure die Urkunden edieren mußte, auf welche er sich beim judex berufen wollte, l. 1 § 3 D. de edendo 2, 13. und zwar bei Strafe des Ausschlusses, vgl. l. 1 § 5 D. eod. Die Urkunden waren also wahre Klagebeilagen und bezeichneten in der Regel den Schuldgrund im Verfahren in jure. Dies kann vielleicht die Bedenken Buhls in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 24 S. 224 ff. und Bekkers in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 92 entkräften. Der abstrakte Charakter der condictio hat hiernach eine andere Bedeutung, als ihm Baron beimißt.

Die Kondiktionen traten prozessualischen Weiterungen scharf entgegen. Vor allem schien die Prozeßverzögerung bei der actio certae pecuniae gefährlich. Denn Geldschulden bilden nicht selten eine Kette, der Gläubiger ist oft Schuldner einer anderen Geldschuld gegenüber einem Dritten, eine Zahlungsstockung überträgt sich daher oft in weite Kreise. Daher durfte man bei der Geldkondiktion vom Gegner für den Fall seines Unterliegens eine sponsio tertiae partis fordern, so daß er sein vergebliches Prozessieren mit der Strafe des dritten Teils des Streitobjekts büßte. Im justinianischen Rechte ist dies antiquiert.

Historisch war hiernach condictio der Name für einseitige Forderungsklagen auf bestimmte Objekte.[7]

In der Kaiserzeit aber gewöhnte man sich, einseitige strenge Klagen auf ein incertum als condictiones incerti zu bezeichnen.[8] Damit verließ man die historische Grundlage. Da der Ausdruck eine sachliche Bedeutung nicht hatte, so trat bald völlige Verwilderung des Sprachgebrauchs ein. Condictio wird schließlich oft identisch mit actio in personam[9] und verliert damit das individuelle Gepräge.

Dagegen verwendet der moderne Sprachgebrauch den Ausdruck „Kondiktionen" in einem besonderen Sinne. Man bedient sich seiner

6) Vgl. Bekker a. a. O. S. 112. Eine große Rolle spielt die l. 9 pr. D. de rebus creditis 12, 1. Aus ihr lesen viele heraus, die „condictio certi" sei eine generelle Klage gewesen, die elektiv mit jeder anderen actio in personam konkurrierte, sobald die Forderung ihrem Inhalte nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit war, die Gefahr des certum auf sich zu nehmen. Keller, Zivilprozeß § 88 Anm. 107 und Baron a. a. O. Dagegen Bekker a. a. O. S. 137. Daß die Stelle interpoliert ist, ist nicht zu bezweifeln, vgl. Lenel a. a. O. S. 185, Pernice in der Savignyzeitschrift Bd. 13 S. 250, Mitteis in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 153. Übrigens sagt sie nichts anderes, als certi condictio sei jede Klage, durch welche „certum petitur". Damit ist die Frage nicht erledigt, in welchen Fällen die Römer ein certum petere annahmen.

7) Condictio certi war ursprünglich ein Pleonasmus. Erst seit man auch „incertum" kondizierte, konnte diese Zusammenstellung in Gebrauch kommen. In l. 12 D. de novat. 46, 2 stellt Paulus eine condictio incerti der c. certi gegenüber, doch ist die Stelle wahrscheinlich interpoliert, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 204 Anm. 5; in l. 28 § 4 D. de jurejurando 12. 2. l. 17 § 2 D. de act. rer. amot. 25, 2 ist die Rede von certum condicere. Aber als technische Bezeichnung für eine Klageart kommt certi condictio nur in der famosen l. 9 pr. D. de reb. cred. 12, 1 vor, oben Anm. 6.

8) Hieraus erklärt sich die Definition von Gaj. Inst. IV § 5: appellantur ... in personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones. Denn die Klage auf ein certum hatte eine intentio auf dare, die auf incertum eine intentio auf dare facere. Über die condictio incerti vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 203, Trampedach in der Savigny-Zeitschrift Bd. 17 n. 2, Pflüger das. Bd. 18 n. 3, Mayr a. a. O. § 11.

9) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro singulari regularum: actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae condictio appellatur. Daß diese Stelle interpoliert sei, wie Savigny a. a. O. S. 593 unterstellt, ist höchst unwahrscheinlich; sie hat ein durchaus echtes Gepräge. Vgl. auch Mayr a. a. O. S. 140.

zur Bezeichnung außerkontraktlicher persönlicher Klagen wegen eines Vermögensüberganges ohne Rechtsgrund.

2. Klagerechte verschiedener Art erhielten bei der Entwickelung des römischen Rechtes die Eigentümlichkeit von judicia bonae fidei. Im engeren Sinne waren nach ihrer Formel judicia bonae fidei persönliche Klagen aus zweiseitigen Kontrakten, insbesondere Kauf, Miete, Mandat, Gesellschaft, ferner aus Pfandkontrakt, Depositum, Kommodat. Auch die Dotalklage, nicht minder die a. familiae erciscundae und communi dividundo, endlich die hereditatis petitio galten als bonae fidei.[10]

Bei diesen Klagen gab der Zusatz „ex fide bona" oder eine ähnliche Wendung dem Richter die Vollmacht, neben dem Wortlaut der Verträge deren Sinn, neben traditionellen Rechtssätzen die konkrete Natur des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses zu beachten und seines Amtes mit geistiger Freiheit zu walten.

Bei der condictio im engeren Sinne war die rasche Beitreibung der Schuld, bei dem judicium bona fidei die Erledigung nach Redlichkeit und Billigkeit das Hauptziel des Verfahrens.

Beide Gesichtspunkte können praktisch in einen Gegensatz geraten. Für den Verkehr wird dann bei einigen Verhältnissen die Pünktlichkeit, bei anderen die Billigkeit der Entscheidung von größerer Wichtigkeit sein. Die Grenzlinie zwischen judicia bonae fidei und stricti juris[11] aber, wie sie sich in Rom feststellte, hat sich überlebt.

II. Gemeinrechtlich sind die Geschäfte in der Regel nach bona fides zu beurteilen. Es sind z. B. Abreden bei einem Darlehen, welches in Rom mittels judicium stricti juris einzuklagen war, nach heutigem Rechte nicht weniger ex fide bona auszulegen und zu behandeln, wie etwa ein Pfandkontrakt.[12] Nicht anders nach B.G.B.

10) § 28 J. de act. 4, 6. Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 45; Savigny Bd. 5 S. 461; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 160. Im justinianischen Rechte steht an der Stelle „actio" bonae fidei, Grabenwitz, Interpolationen S. 105. Vgl. übrigens Gajus Inst. III §§ 156, 160—162 „actio" mandati.

11) Über den Ausdruck actio stricti juris — § 28 J. de act. 4, 6, l. 5 § 4 D. de in litem jurando 12, 3 — vgl. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4, Grabenwitz, Interpol. S. 105.

12) So die herrschende Ansicht und jedenfalls die neuere gemeinrechtliche Praxis: Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 112 und dort angeführte Schriftsteller. Windscheid hingegen Bd. 1 § 46 Anm. 5 will die römische Grenzlinie zwischen bonae fidei und stricti juris negotia auch für das heutige Recht festhalten. Insbesondere unterstellt er, daß das Darlehn auch heute noch seinem Wesen nach eine strikte Natur habe. Dies könnte höchstens für Darlehn ohne weitere Parteiberedung gelten. Die Darlehnsverträge enthalten aber sehr häufig mancherlei Klauseln, die ex fide bona interpretiert werden müssen. Vgl. auch Kipp bei Windscheid a. a. O.

Stricti juris sind dagegen die Forderungen aus einem Institut modernen Ursprunges, — dem Wechsel.

Forderungen auf eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Quantität anderer vertretbarer Sachen sind nach Reichsrecht prozessualisch bevorzugt. Sind sie durch Urkunden vollständig beweisbar, so sind sie des Urkundenprozesses fähig.[13] Sie berechtigen ferner, sofern sie nicht von einer noch ausstehenden Gegenleistung abhängig sind, zum Mahnverfahren,[14] bei welchem auf einseitigen Antrag des Klägers ein Zahlungsbefehl zu erlassen ist, welcher vollstreckbar wird, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig widerspricht. Ferner können über derartige Ansprüche vollstreckbare Urkunden errichtet werden.[15]

§ 132. Actio simplex und duplex.

1. Die normale Klage — actio simplex — kann nur zur Verurteilung des Beklagten oder zur Klageabweisung führen.[1] Der Kläger kann also nicht in der Hauptsache verurteilt werden. Nur wegen der Prozeßkosten ist er zu verurteilen, wenn er in der Hauptsache unterliegt; dies auch ohne Antrag.[2]

Dem Beklagten steht jedoch eine Widerklage — mutua petitio — offen, d. h. eine gegen den Kläger während der Verhandlung über die Klage bei demselben Gerichte und in demselben Verfahren erhobene Klage. Sie setzt Konnexität, d. h. Zusammenhang des Gegenanspruches mit dem Klageanspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln voraus.[3]

2. Die actio duplex ist etwas Außerordentliches. Sie bezweckt die Regulierung eines tatsächlichen Zustandes.[4] Indem der Kläger sie beantragt, fordert er eventuell auch eine ihm ungünstige Entscheidung in der Hauptsache heraus.[5] Solche Klagearten bilden die Provokation auf

13) C.P.O. §§ 592 ff.

14) C.P.O. §§ 688 ff.

15) C.P.O. § 794 Ziff. 5.

1) Dies fand seinen Ausdruck in der regelmäßigen Fassung der condemnatio: „si paret condemna, si non paret absolve." Gaj. Inst. IV § 43.

2) C.P.O. § 308 Abs. 2.

3) Vgl. über die Widerklage Richard Loening in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 4 S. 1 ff. und dagegen Schmidt ebendaselbst S. 375.

4) Vgl. vorzugsweise Eck, die s. g. doppelseitigen Klagen 1870, ferner Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 229, Windscheid Bd. 1 § 127 Anm. 2.

5) Im alten römischen Rechte war die hauptsächliche doppelseitige Klage die Eigentumsklage — die rei vindicatio. Denn an die vindicatio des Klägers schloß sich notwendig die contravindicatio des Beklagten. Der Richter mußte daher entweder den Kläger oder den Beklagten als Eigentümer anerkennen. Diese Eigentums-

Teilung gemeinsamer Objekte,[6] welche übrigens heutzutage, soweit es sich nicht um streitige Vorfragen handelt, mittels freiwilliger Gerichtsbarkeit erledigt wird, ferner die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum, endlich die Klage auf Erhaltung eines Besitzes — interdicta retinendae possessionis.

Diese doppelseitigen Klagen sollen wo möglich nicht mit dem bloß negativen Resultat der Abweisung des Klägers endigen, sondern zu einer positiven Regulierung der Verhältnisse führen, welche allein den Beteiligten frommt und die selbst im öffentlichen Interesse liegt.[7] Daher kann sich eine Verurteilung des Klägers, wie des Beklagten an sie anschließen.

§ 133. Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen.

1. Im klassischen römischen Prozeß konnte das verurteilende Enderkenntnis nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten. Klagansprüche, welche nicht auf Geld gingen, waren daher im Urteil in Geld umzusetzen. — Denn nur Verurteilung auf eine bestimmte Geldsumme war vollstreckbar.

Gemildert war diese Eigenheit bei den actiones arbitrariae,[1] d. h. Klagen, bei welchen der Richter dem Beklagten vor der Verurteilung durch einen Vorbescheid Erfüllung anbefahl.[2] Allerdings war

---

klage wurde zur Zeit des Formularprozesses durch die einseitige ersetzt. Eigentumsprozeß und Besitzprozeß waren seitdem getrennt.

6) l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 44 § 4 D. fam. erc. 10, 2. Über die Formel der actio familiae erciscundae auf Teilung des gemeinsamen Nachlasses und der actio communi dividundo auf Teilung anderer gemeinsamer Objekte vgl. Lenel, edictum perpetuum S. 162 ff.

7) Hat der Begriff der doppelseitigen Klagen auch nach heutigem Rechte Realität? Dies verneinte bereits vom Standpunkte des früheren Prozeßrechts Eck a. a. O. S. 68 ff., S. 141 ff. Fast allgemein ist die Verneinung bei den Kommentatoren der C.P.O. Dieselbe verfügt § 308: „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist." Dies ist aber schwerlich entscheidend. Denn es ist eben der Antrag des Klägers so zu deuten, daß er eventuell die eigene Verurteilung nach dem Ergebnis der Verhandlung herausfordert. Hält man dies für unbegründet und verlangt man einen Antrag des Beklagten, damit zu seinen Gunsten gesprochen wird, so ist gleichwohl die Duplizität nicht negiert. Denn dieser Antrag ist an die Voraussetzungen einer Widerklage nicht gebunden. Er kann namentlich noch in der Berufungsinstanz gestellt werden, während eine Widerklage hier nur mit Einwilligung des Klägers statthaft ist, vgl. C.P.O. § 529 Abs. 2.

1) Gaj. Inst. IV § 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, [sed] aestimata re pecuniam eum condemnat.

2) § 31 J. de actionibus 4, 6. Praeterea quasdem actiones arbitrarias id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio judicis is,

solcher Vorbescheid nicht unmittelbar erzwingbar,[3] dennoch aber von größter Bedeutung für den Kläger, wie für den Beklagten.

Denn wenn der Beklagte dem Vorbescheide nicht ungesäumte Folge leistete, so durfte der Kläger sein Geldinteresse durch einseitigen Eid — juramentum in litem — taxieren und damit den Betrag der Verurteilung des Beklagten bestimmen. Die Furcht, welche dies dem Beklagten einflößen mußte, führte in den meisten Fällen zur sofortigen Herausgabe des eingeklagten Objektes, ohne die Weiterungen, welche eine auf die Sache gerichtete Zwangsvollstreckung leicht mit sich führt.

Auch für den Beklagten war es von Vorteil, nicht mit einer Geldverurteilung überrascht zu werden, wenn er bereit war, zu leisten, was dem Richter Recht schien.

Im justinianischen Rechte ist dies alles bereits wesentlich geändert. Nunmehr war der Vorbescheid bei den actiones arbitrariae unmittelbar erzwingbar. Der Kläger hatte daher die Wahl, dessen Vollstreckung oder Verurteilung des Beklagten in Geld zu fordern. Auch bei anderen Klagen

---

cum quo agitur. actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat, sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur, in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est. item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Über den Begriff der actio arbitraria vgl. auch Gaj. Inst. IV § 141, § 163. Manche behaupten, daß die Begriffsbestimmung der actiones arbitrariae in den Institutionen nicht genau sei, daß vielmehr auch Klagen, bei denen ein Vorbescheid nicht erlassen wurde, von den Römern arbitrariae genannt worden seien, vgl. z. B. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4. Wir halten dies nicht für richtig. Es ist zwar streitig, ob in der actio de eo quod certo loco, welche sehr häufig als arbitraria bezeichnet wird, ein richterlicher Vorbescheid erlassen wurde. Dies war aber in der Tat der Fall. Allerdings ging er nicht dahin, daß Beklagter am vertragsmäßigen Erfüllungsorte zahlen solle, Lenel, edictum perpetuum S. 193, dies wäre für die Regel sehr unpraktisch gewesen und kam nur ausnahmsweise vor, l. 4 § 1 D. de eo quod certo loco 13, 4. Der Vorbescheid forderte vielmehr den Beklagten in der Regel dazu auf, die richterlich ermittelte Schätzungssumme am Klageorte zu zahlen. Warum aber fand nicht sofortige Verurteilung in die Schätzungssumme statt? Damit dem Beklagten möglich werde, durch Zahlung vor der Kondemnation den Prozeßstrafen zu entgehen — dem Drittel der Streitsumme. Die Zahlung am Klageorte konnte er nicht gut leisten, ehe die Höhe seiner Schuld richterlich festgestellt war.

3) Das Gegenteil besagt zwar l. 68 D. de rei vind. 6, 1. Doch ist diese Stelle interpoliert. Dies geht vor allem aus der l. 3 § 13 D. de homine libero exhibendo 43, 29 hervor. Denn hiernach kann sogar der Trotz des Beklagten, welcher einen freien Menschen ungeachtet des richterlichen Exhibitionsbefehls zurückhielt, nur durch wiederholte Klagen, nicht aber durch Naturalexekution gebrochen werden. Doch sind die Ansichten seit Alters geteilt. Vgl. ferner l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27. 9; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 310 ff. Literatur führt an: Ziebarth, Realexekution 1885 S. 63 ff., welcher die Echtheit der l. 68 cit. zu verteidigen sucht und die Frage eingehend erörtert; siehe ferner Bruns, kleine Schriften Bd. 1 S. 360, Pernice, Parerga II S. 32.

lautete die Verurteilung nicht mehr notwendig auf Geld, aber wo möglich sollte sie doch auf bestimmtes Geld oder bestimmte Objekte gehen.[4]

2. Actiones arbitrariae im römischen Sinne kommen nicht mehr vor. Was in Rom einen Vorbescheid bildete, ist heute Endurteil.

Klage und Verurteilung muß demnach präzise auf den geschuldeten Gegenstand oder die geschuldete Handlung gerichtet werden. Nur dann darf statt dessen auf Geldentschädigung geklagt werden, wenn der Beklagte zur Naturalerfüllung nicht mehr im stande ist. Dies hat Kläger zur Begründung der Entschädigungsklage zu behaupten und zu beweisen. Hierzu genügt unter anderem die Tatsache, daß der Schuldner das Schuldobjekt nach dem Vertragschluß veräußert hat, es führe denn der Beklagte den Gegenbeweis, daß er sich das Schuldobjekt im Falle seiner Verurteilung zurückverschaffen kann.[5]

Ergibt sich die Nichterzwingbarkeit der Naturalerfüllung nach der rechtskräftigen Verurteilung des Beklagten zu derselben, so bedarf es einer neuen Klage behufs Verurteilung zur Geldentschädigung statt Erfüllung.[6] Richtiger Ansicht nach ist aber auch von vornherein eventuelle Klage auf Geldentschädigung, wie auch Verurteilung zu solcher für den Fall zulässig, daß die an erster Stelle eingeklagte und richterlich zugesprochene Naturalerstattung nicht erzwingbar sein sollte.[7]

§ 134. Feststellungsklagen.

I. Actiones praejudiciales nannten die Römer Klagen, welche ein richterliches Urteil über Rechtsverhältnisse oder Tatsachen forderten, ohne daß sich eine Verurteilung des Beklagten unmittelbar anschloß.[1] Es bestand nur eine geringe Zahl solcher Klagen.

II. Den römischen Präjudizialklagen sind die Feststellungsklagen des heutigen Rechtes verwandt. Sie haben sich aber nicht aus ihnen entwickelt, bildeten sich vielmehr selbständig, wenn auch unter leb-

4) § 32 J. de act. 4, 6. Ziebarth a. a. O. S. 158.

5) R.G. Bd. 31 S. 184.

6) C.P.O. § 893. Die Klage ist beim Prozeßgericht erster Instanz anzubringen.

7) Nach B.G.B. § 283 kann der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er dem rechtskräftig zur Zahlung verurteilten Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Leistung unter der Erklärung gesteckt hat, daß er die Leistung nach Ablauf der Frist nicht annehme. Vgl. hierzu C.P.O. § 255 Abs. 1.

1) Gaj. Inst. IV. § 44 . . . intentio aliquando sola invenitur sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et aliae complures. Die Präjudizialklagen führt auf Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 233, vgl. O. Buelow, de praejudicialibus formulis. Vratislaviae 1860.

haftem Streit, in der gemeinrechtlichen Praxis. Auf Grund derselben hat sie die C.P.O. § 256 in weitem Maße anerkannt.[2]

1. Ihr Zweck ist, die richterliche Entscheidung über *das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen*,[3] sowie über die *Echtheit oder Unechtheit von Urkunden* herbeizuführen.

2. Man nennt sie *positive* Feststellungsklagen, wenn sie die Anerkennung der Existenz, *negative*, wenn sie die Anerkennung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses oder der Unechtheit einer Urkunde betreiben.[4]

3. Vorausgesetzt ist ein *rechtliches Interesse* an der *alsbaldigen Feststellung* dem Beklagten gegenüber.[5]

Es muß also die Gefahr einer Verdunkelung oder einer Verschlechterung der Rechtslage des Klägers bestehen. Auch prozessualisch muß die Feststellungsklage der geeignete Weg für die Wahrung der klägerischen

2) Weismann, die Feststellungsklage 1879; Degenkolb, Einlassungszwang 1877 S. 129 ff.; Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 143 ff., Kohler, Prozeßr. Forsch. S. 63 ff., Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch in Iherings Jahrb. Bd. 31 n. 2, Max Seidel, die F.Kl. im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Gött. In.-Diss. 1893, Langheineken, Urteilsanspruch § 10, Hellwig, Anspruch u. Klager. §§ 55, 56. Die Einteilung der Klagen in Leistungsklagen (Klage auf Verurteilung) und Feststellungsklagen ist keine erschöpfende. Hinzu treten die Klagen auf Erlassung konstitutiver Urteile (Klagen auf richterliche Rechtsänderung), vgl. Langheineken § 12, Hellwig §§ 57—59.

3) Vgl. über den Begriff des „Rechtsverhältnisses" oben § 40 S. 88.

4) Die negativen Feststellungsklagen bewirken eine Umkehr der Parteistellung. Sie nötigen den angeblich Berechtigten, mit den Beweisen für sein Recht hervorzutreten. R.G. Bd. 9 S. 337, vgl. aber auch Bd. 14 S. 91. Insofern haben sie Verwandtschaft mit den Provokationen, welche das ältere gemeine Recht entwickelt hatte. Man unterschied a) die provocatio „ex lege diffamari", die Diffamationsklage. Sie beantragte, daß Provokat einen Anspruch, dessen er sich *berühmt* hatte, innerhalb einer richterlich zu bestimmenden Frist gegen den Diffamaten einzuklagen habe, widrigenfalls er zu *ewigem Stillschweigen* verurteilt werde, vgl. Muther, die Diffamationsklage in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 S. 53 ff.; b) die provocatio „ex lege si contendat" bezweckte Abwendung der Gefahr des *Verlustes von Einreden* und verlangte vom Provokaten Klage innerhalb der richterlich gegebenen Frist unter dem Präjudiz der Ausschließung von *Einwendungen gegen jene Einreden*. Vorzugsweise sollte sie dem Bürgen die Einrede der Teilung der Klage des Gläubigers unter die mehreren zahlungsfähigen Bürgen erhalten. Die C.P.O. hat diese Provokationen nicht aufgenommen. Man glaubte, sie würden durch die negativen Feststellungsklagen vollständig ersetzt. Dies ist allerdings nicht der Fall. Aber das Provokationsverfahren ist gleichwohl beseitigt. Der in der provocatio ex lege si contendat enthaltene materielle Rechtssatz läßt sich in anderer Weise durchführen.

5) Mit Unrecht lehrt Regelsberger Bd. 1 § 192 Anm. 9, daß für die positive Feststellungsklage „Rechtsbestreitung" seitens des Beklagten, für die negative „Rechtsanmaßung" desselben vorliegen mußte. Aus den von Regelsberger angeführten Erkenntnissen folgt das nicht. Damit würde auch der Wert der Feststellungsklage für das praktische Leben sehr vermindert. Soll Kläger behaupten und beweisen müssen, daß der Klage Rechtsbestreitung oder Rechtsanmaßung des Beklagten vorausging oder soll er abgewiesen werden, wenn der Beklagte nicht erscheint, also nichts bestreitet oder prätendiert?

Interessen sein. Kann der Kläger auf Erfüllung klagen, wozu es der Fälligkeit seines Rechtes nicht notwendig bedarf,[6] so ist eine Feststellungsklage unzulässig, es sei denn, daß besondere Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen, durch sie eine Vorfrage getrennt zu richterlicher Entscheidung zu bringen.[7 8]

4. Die richterliche Feststellung begründet keine Vollstreckbarkeit, wird aber rechtskräftig und kann so die Grundlage von kondemnatorischen Klagen wie auch von Einreden werden.[9]

5. Eine besondere Art ist die Inzidentfeststellungsklage. Sie bezweckt ein Rechtsverhältnis, von welchem das Urteil über einen eingeklagten Anspruch abhängig ist, zum Gegenstand einer richterlichen Entscheidung zu machen, welche in Rechtskraft übergeht. Jede Prozeßpartei ist zu ihrer Erhebung während der Verhandlung befugt.[10]

§ 135. Verwandte und konkurrierende Klagen.[1]

I. Die ältere Theorie sprach von Klagenkonkurrenz, wo immer mehrere Klagerechte denselben Ursprung haben oder dasselbe Ziel verfolgen. Man unterschied in dieser weiten Rubrik die subjektive Klagenkonkurrenz, d. h. Klagen unter denselben Rechtssubjekten und die objektive, d. h. Klagen für oder gegen verschiedene Rechtssubjekte und teilte die objektive Konkurrenz wiederum ein in kumulative, wenn die Klagen neben einander durchgeführt werden können, ferner in successive, wenn die eine nur die andere vorbereitet und endlich in elektive, wenn die Klagen in einem ausschließenden Verhältnis stehen.

II. Mit Recht sprechen die neueren Systematiker nur da von Konkurrenz, wo die mehreren Klagen sämtlich dasselbe Ziel ver-

---

6) Vgl. C.P.O. §§ 257—259.

7) Nicht ganz zuzustimmen ist daher dem R.G. Bd. 4 S. 437, vgl. Bähr a. a. O. S. 169. Vgl. weiter über das rechtliche Interesse R.G. Bd. 6 S. 397, Bd. 10 S. 370, Bd. 12 S. 148, Bd. 13 S. 272, Bd. 16 S. 390, Bd. 17 S. 16, aber auch Hellwig a. a. O. S. 427. Auch Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz ohne gleichzeitige Substanziierung des Schadens ist zulässig, wenn an solcher Vorabentscheidung ein rechtliches Interesse besteht, R.G. Bd. 21 S. 382 (Beschluß der vereinigten Zivilsenate), ebendas. S. 388, Bd. 23 S. 347.

8) Über die Bestimmtheit des Antrages bei der Feststellungsklage siehe R.G. Bd. 12 S. 388.

9) l. 1 § 4 D. de liberis exhibendis 43, 30.

10) C.P.O. § 280. Vgl. Oertmann in d. Ztschr. f. Zivilproz. Bd. 22 S. 11.

1) Savigny Bd. 5 §§ 231 ff., Merkel, über den Konkurs der Aktionen 1877, vgl. auch die bei Merkel S. 2 zitierten Schriftsteller, Helfig, z. L. v. der Konkurrenz der Klagen 1887, Eisele, Klagenkonkurrenz im Archiv für ziv. Praxis Bd. 79 n. 10, Hellwig, Anspruch und Klagrecht §§ 11—15, Karlowa, römische Rechtsgeschichte Bd. 2 § 105.

folgen. Doch ist daneben die Verwandtschaft zu beachten, die durch denselben Ursprung begründet wird oder in der gleichen Richtung des Zieles liegt.

1. Verschiedene Klagen können einen gemeinsamen Entstehungsgrund haben.

Die rechtskräftige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses macht dann für alle aus diesem Fundamente entspringenden Klagerechte Rechtskraft. An sich hindert aber solche Verwandtschaft nicht, daß jede Klage selbständig und vollständig geltend gemacht wird. Es konnten daher z. B. in Rom die actio furti auf Privatstrafe und die condictio furtiva auf Ersatz des Wertes des Gestohlenen, die beide aus einem Diebstahl erwuchsen, unabhängig von einander durchgeführt werden.[2]

Die Konsequenz hätte auch in dem in Rom häufigen Fall, daß aus derselben Handlung verschiedene Deliktsklagen auf Strafe entsprangen, die selbständige und vollständige Durchführung aller nebeneinander verlangt. Denn trotz der Einheit des Ursprunges handelte es sich dabei um verschiedene Delikte und um verschiedene Strafen. Aber strafpolitische Erwägungen stellten sich dem entgegen und bestimmten die Römer bei einer Reihe von Strafklagen dazu, eine Absorption durch einmalige Strafleistung anzunehmen.[3]

---

2) l. 7 § 1 D. de cond. furt. 13, 1, l. 12 § 1 und 2 C. de furtis 6, 2; vgl. übrigens auch l. 13 § 2 D. de jurejurando 12, 2.

3) Die Römer stritten über das Verhältnis mehrerer Deliktsklagen, die aus derselben Handlung seitens desselben Verletzten begründet werden konnten, z. B. der actio arborum furtim caesarum und der actio legis Aquiliae, der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum, der actio vi bonorum raptorum und der actio furti. Vertreten war der Standpunkt der Kumulation, so daß alle Deliktsklagen unbeschränkt geltend gemacht werden konnten, derjenige der Konsumtion, wonach die Erhebung der einen dieser Klagen die andere aufhob, und endlich der Anrechnung, wonach der Verletzte das, was er mit der einen Deliktsklage beigetrieben hatte, sich auf die andere anrechnen lassen mußte. Nach unserer Ansicht handelte es sich bei dieser Streitfrage um einen Konflikt streng logischer und wissenschaftlicher Auffassung einerseits und praktischer Erwägungen andererseits. Grundsätzlich war es richtig zu sagen: wenn dieselbe Handlung mehrere Delikte in sich schließt, muß jede Deliktsklage neben der anderen durchgeführt werden können. Dies war die wissenschaftliche Auffassung von Labeo, Papinian, Ulpian, der auch Hermogenian sich anzuschließen scheint, l. 15 § 46 D. de injuriis 47, 10, l. 6 pr. D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5, l. 2 pr. §§ 4, 5, 6 D. de privatis delictis 47, 1, l. 11 § 2 D. de servo corrupto 11, 3 und l. 32 D. de obl. et act. 44, 7. — Diese Behandlung der Sache führte jedoch in vielen Fällen bei der Fülle von zivilen und prätorischen Strafklagen, die sich in Rom kumulieren konnten, zu Härten und übertriebenen Strafen. Daher kam man bei zahlreichen Delikten vom praktischen Standpunkte aus zur Konsumtionstheorie und mehr vermittelnd zur Anrechnungstheorie. Von der letzteren gingen namentlich Paulus l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7 und Modestinus l. 53 D. eod. aus. Die Kumulation hätte den Zwecken der bezüglichen Strafklagen nicht entsprochen. Es ist aber anzunehmen, daß Juristen, welche der Kumulationstheorie huldigten, in einzelnen Fällen doch der Anrechnungstheorie Konzessionen machten, und daß die Vertreter der

Mit Unrecht haben viele aus dieser durch eine vernünftige Strafpolitik gebotenen besonderen Behandlung den allgemeinen Grundsatz hergeleitet, daß verschiedene Klagen aus demselben Entstehungsgrund in einem ausschließenden Verhältnis ständen.

2. Verwandtschaft des Zieles haben präparatorische Klagen mit den Hauptklagen, welche sie vorbereiten.[4]

Eine derartige Klage ist die actio ad exhibendum.[5] Sie steht demjenigen zu, welcher eine Eigentumsklage oder eine andere dingliche Klage zu haben behauptet und ein Interesse an der Vorweisung der Sache dartut, die er in Anspruch nehmen will.[6] Der Richter hat bei Feststellung des Interesses zu prüfen, ob Kläger das Bestehen des behaupteten Rechtes ernstlich annehmen kann, und ob voraussichtlich die Aufhellung des Sachverhaltes durch die Exhibition gefördert wird. Beklagter ist der Besitzer und Inhaber der Sache; auf das Interesse des Klägers haftet auch, wer den Besitz dolos aufgab, um die Klage zu vereiteln. Gegenstand der Klage ist Vorweisung der Sache und deren Ansicht durch den Kläger oder seine Vertreter.[7] Die actio ad exhibendum spielte im römischen Rechte eine große Rolle,[8] heutzutage ist sie wenig in Gebrauch.

Präparatorische Klagen sind auch diejenigen auf Rechnungslegung,

---

Anrechnungstheorie bei gewissen Delikten die Kumulationstheorie anerkannten. Der Streit dürfte sich nur um einzelne Delikte, namentlich um die Frage der Kumulation der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum gedreht haben. Allseitig verworfen wurde die Konsumtionstheorie, l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7, l. 60 D. eod., l. 130 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Savigny Bd. 5 S. 237 ff., Dangerow Bd. 3 § 572, Merkel a. a. O. S. 57 ff. — Nach heutigem Recht gehen Klagen aus unerlaubten Handlungen nur noch auf Schadenersatz. Hierbei versteht es sich von selbst, daß vollständiger Schadenersatz die sämtlichen Klagen beseitigt.

4) Früher sprach man in derartigen Fällen von successiver Konkurrenz, vgl. hiergegen Savigny a. a. O. S. 211.

5) Vgl. Demelius, Die Exhibitionspflicht 1872. Die Formel der actio ad exhibendum hat Lenel, edictum perpetuum, zutreffend restituiert, „wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort die Garantie übernommen werden kann“: quod As As Stichum hominem ex jure Quiritium suum esse ait. quidquid ut eo nomine recte experiri possit, Ao Ao exhiberi oportet, quod Ns Ns possidet dolove malo ejus factum est, quo minus possideret. si arbitratu tuo Ao Ao non exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

6) Die a. ad exhibendum, zunächst zur Vorbereitung der Eigentumsklage bestimmt, l. 1 D. ad exhibendum 10, 4, wurde auch zur Vorbereitung anderer dinglicher Klagen gegeben, l. 3 §§ 3 ff. D eod., desgleichen zur Vorbereitung einer Wahl, l. 3 § 10 D. eod., ferner behufs Geltendmachung gewisser Interdikte und vor Anstellung einer Noxalklage. Andere obligatorische Klagerechte begründen die actio ad exhibendum nicht. Demelius a. a. O. S. 147. Über Exhibition und Gewerbegeheimnis vgl. Kohler, Prozeßr. Forschungen S. 78. Vgl. noch B.G.B. §§ 809 ff., Bürg. R. Bd. 2 § 42.

7) Demelius a. a. O. S. 158 ff.

8) Vgl. l. 9 pr. §§ 1—4 D. ad exhibendum 10, 4, l. 15 D. eod.

z. B. auf Grund eines Mandatsverhältnisses, eines Gesellschaftsvertrages. Das Geschäftsverhältnis muß behufs dieser Klagen dargetan werden, nicht aber, daß etwas aus demselben geschuldet wird. Dies soll sich erst aus der gelegten Rechnung ergeben.

3. Die mehreren Klagen sind *konkurrierende*,[9] wenn sie eine identische Leistung bezwecken, also auf *dasselbe Ziel gehen*, z. B. auf Ersatz desselben Schadens, auf Herausgabe derselben Sache. Alle solche Klagerechte endigen *durch einmalige Befriedigung*.[10]

Bezüglich der prozessualischen Behandlung sind zwei Arten zu unterscheiden.[11]

Die konkurrierenden Klagen erwachsen nämlich zum Teil aus *einem und demselben Tatbestand*, es begründet z. B. der Tatbestand einer Erpressung sowohl eine a. quod metus als eine condictio als auch eine a. de dolo.[12] Zum anderen Teil entspringen konkurrierende Klagerechte aus *verschiedenen Tatbeständen*; der Vermieter kann z. B. Herausgabe seiner Sache auf Grund des Mietvertrages mit der a. locati und auf Grund eines Eigentumserwerbstitels mit der rei vindicatio betreiben.

Die Verschiedenheit beider Arten muß sich sehr geltend machen.

a) Unter konkurrierenden Klagerechten, welche *aus demselben Tatbestand* erwachsen, hatte in Rom der Kläger *eines zu erwählen*, welches er seiner Klage zu Grunde legte, die *Litiskontestation* bezüglich desselben *konsumierte* dann alle konkurrierenden Klagerechte.[13] Doch erhielt sich die konkurrierende Klage, soweit sie auf „Mehr" ging, — denn insoweit bestand keine Konkurrenz.[14]

Nach modernem Prozeßrecht, wo die wesentliche Aufgabe der Klage nur ist, den *rechtsbegründenden Tatbestand zu erzählen*

---

9) Die Bezeichnung ist quellenmäßig, l. 43 D. de R. J. 50, 17. Paulus schrieb einen liber de concurrentibus actionibus (daraus entnommen: l. 34 D. de obl. et act. 44, 7), vgl. über die Bedeutung des Ausdruckes Merkel a. a. O. S. 1 ff.

10) Der Kläger mußte die actio, welche er wählte, bestimmt bezeichnen. Er konnte nicht mehrere actiones verbinden, auch wenn sie dasselbe Ziel verfolgten. l. 43 D. de R. J. 50, 17. Nemo ex his, qui negant se debere, prohibitur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine una quis experiri debet.

11) Dies hat Eisele a. a. O. erwiesen.

12) Hellwig a. a. O. § 13: Gesetzeskonkurrenz.

13) Vgl. unter den von Eisele angeführten Stellen namentlich l. 14 § 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17, 2, l. 34 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

14) l. 47 pr. D. pro socio 17, 2, l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 22 ad edictum. Si ex eodem pacto duae competant actiones postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundem aut minus id — lies nil — consequatur.

und es dem Richter obliegt, den rechtlichen Gesichtspunkt, welcher das Klagbegehren rechtfertigt, selbständig zu ermitteln,[15] werden alle konkurrierenden Klagerechte, welche sich aus einem Tatbestand ergeben, zusammen rechtshängig, so daß ein Urteil alle erledigt.

b) Die auf verschiedenen Tatbeständen beruhenden konkurrierenden Klagen konnten dagegen in Rom wie heutzutage unabhängig von einander bis zu einmaliger Befriedigung erhoben werden. Litiskontestation über das eine Klagerecht konsumierte daher in diesem Falle das konkurrierende in Rom nicht und macht heutzutage dasselbe nicht rechtshängig. Die Abweisung der einen Klage erzeugt also auch keine Rechtskraft bezüglich der auf anderem Fundament beruhenden.

Hat jedoch Kläger mit einer der konkurrierenden Klagen rechtskräftig obgesiegt, so ist die Anstellung der konkurrierenden Klage nur noch möglich in den Fällen, in welchen der Kläger ein Interesse daran hat, aus ihr ein zweites Urteil zu erhalten, z. B. weil das ihr zu Grunde liegende Recht Vorzugsrechte oder Pfandsicherheiten besitzt, welche der Klage fehlen, mit der er bereits obgesiegt hat. Wo ein derartiges Interesse nicht besteht, ist die Anstellung der konkurrierenden Klage nach dem Siege mit der zuerst erhobenen nicht mehr zulässig.[16 17]

§ 136. Endigung der Klagerechte.

Die Klagerechte endigen, wenn das zu Grunde liegende Recht erlischt. Sie sterben notwendig mit ihrer Wurzel ab.

Es giebt aber auch Endigungsgründe, welche zunächst das Klagrecht treffen, womit das Recht, aus dem es erwachsen ist, gleichsam von seiner Krone aus zu Grunde geht. Diese Vorstellung blieb keine bloß theoretische, sie hat zu praktisch erheblichen Rechtssätzen geführt.

1. In der Regel übertragen sich Klagerechte auf die Erben des Berechtigten.

Gewisse Klagerechte aber erlöschen mit dem Tode des Berechtigten; sie sind, wie man zu sagen pflegt, aktiv unvererblich.

---

15) Vgl. unten § 152.

16) l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5, l. 42 D. pro socio 17, 2, l. 13 D. de r. vind. 6, 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5, 3.

17) In Rom war dies zwar grundsätzlich nicht anerkannt. Aber derselbe Effekt wurde dadurch erreicht, daß der Richter, welcher bezüglich der einen Klage Recht sprach, erst dann verurteilte, wenn Kläger Kaution leistete, daß er mit der konkurrierenden Klage nicht noch einmal klagen werde. l. 13 D. de r. v. 6. 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5. 3. An die Stelle dieser römischen Kaution tritt derzeit der in unserem Texte entwickelte Rechtssatz.

Solcher Art waren in Rom Klagen, welche den Personen- und Familienstand betreffen,[1] ferner Klagen pekuniären Inhaltes, deren Hauptzweck aber persönliche Genugtuung war, s. g. actiones vindictam spirantes, wie die Injurienklage.[2]

Aktiv unvererbliche Klagen wurden vererblich mit dem Prozeßbeginn, d. h. nach römischem Rechte mit der Litiskontestation.[3 4]

Ein Nachklang dieser Gestaltung der Rechte findet sich im B.G.B. § 847, § 1300 Abs. 2. Die dort geregelten Ansprüche sind aktiv unvererblich, mit der Rechtshängigkeit werden sie vererblich.

2. Die Klagerechte verbinden in der Regel die Erben der Verpflichteten — sie sind passiv vererblich.

Die römischen Strafklagen jedoch erloschen mit dem Tode des Delinquenten;[5] wenn sie gegen ihn erhoben waren, gingen sie auf seine Erben über.[6] Die gemeinrechtliche Praxis erstreckte sie, soweit sie Schadenersatz bezweckten, gegen die Erben des Schuldners auf den Betrag des Nachlasses, auch wenn ihr Erblasser noch nicht belangt war.[7] Das B.G.B. enthält keine besonderen Bestimmungen.

Dingliche Klagerechte gegen die Besitzer unserer Sache vererben sich, solange die Klageerhebung noch nicht geschah, gegenüber den Erben jener Besitzer nicht.[8] Diese Erben müssen vielmehr selbst Besitz erlangen, damit ein Klagerecht gegen sie entsteht. Nach der Klageerhebung vererben sich auch dingliche Klagen gegenüber den Erben des Beklagten; doch sind dieselben von der Klage loszusprechen, wenn sie nicht in den

---

1) R.G. Bd. 9 S. 217.

2) l. 2 § 4 D. de coll. bon. 37, 6. Paulus libro 41 ad edictum. Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam poenae habet persecutionem. Denselben Charakter hatte die actio sepulchri violati, l. 6, 8. 10 D. de sepulchro violato 47, 12, sowie die Klage wegen verhinderter Beerdigung l. 9 D. de religiosis 11, 7, vgl. Savigny Bd. 5 S. 201. Aktiv unvererblich war in Rom auch die Strafklage wegen ungesetzlicher in jus vocatio des Parens oder Patrons l. 24 D. de in jus voc. 2, 4, und die Strafklage wegen calumnia, wenn etwas gegeben wurde, damit ein ungerechter Rechtsstreit geführt werde oder unterbleibe, l. 4 D. de calumniator. 3, 6.

3) l. 13 pr. D. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro 57 ad edictum . . . semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere, l. 28 D. eod. Vgl. unten § 153.

4) Die querela inofficiosi testamenti war aktiv unvererblich. Sie wurde aber vererblich, wenn sie angestellt oder wenigstens vorbereitet war, l. 6 § 2, l. 7 D. de inofficioso testamento 5, 2.

5) l. 22 D. de o. nov. nunciat. 39, 1 . . . in poenam heres non succedit.

6) l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17.

7) Vgl. unten Bd. 2 § 129.

8) l. 52, l. 55 D. de rei vind. 6, 1.

Besitz der Streitsache kamen und nicht wegen Schuld des Erblassers oder durch eigene Schuld haftbar sind.[9]

3. Klagerechte erlöschen auch durch Verjährung.[10]

Drittes Kapitel.

Die Exzeptionen.

§ 137. Begriff der Exzeptionen und Repliken.

1. Exzeptionen sind Gegenrechte behufs Abwehr eines Klagerechtes.[1][2]

Sie bilden Verteidigungsmittel besonderer Art, denn sie bestreiten nicht das Klagerecht als solches, sie rufen vielmehr ein gegenüberstehendes Recht an, welches die Wirkung des Klagerechtes vernichtet oder hemmt. Das der Exzeption zu Grunde liegende Recht kann ein bloß negatives sein,[3] welches einzig die Bestimmung hat, die Wirkung eines entgegenstehenden positiven Rechtes zu brechen, z. B. das römische Zurückhaltungsrecht wegen Verwendung gegenüber der Vindikation des Eigentümers. Es kann aber auch ein positives Recht bilden, das nach der besonderen prozessualischen Lage negativ als Exzeption wirkt, z. B. die Einrede wegen Mängel der Kaufsache gegenüber der Klage auf den Kaufpreis.

Die Exzeptionen gewannen Form und Namen im römischen Formularprozeß durch den Prätor und bildeten eines der wichtigsten Mittel der Ausbildung des prätorischen Rechtes.

---

9) l. 42 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 26 ad edictum. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non (possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona) defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

10) Vgl. §§ 144 ff.

1) l. 2 pr. D. de exceptionibus 44, 1. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

2) Savigny Bd. 5 §§ 225 ff. definiert die Exzeption als die Verteidigung des Beklagten, welche auf einem selbständigen Rechte desselben beruht. Etwas anderes als ein selbständiges Recht, die Zurückweisung der Klage zu fordern, hat wohl Savigny nicht gemeint, vgl. namentlich S. 171 a. a. O. Doch hat man ihn meist anders verstanden und seine Formulierung häufig bekämpft. Vgl. hierüber die bei Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 2 Angeführten. Gegen Savigny auch Hölder, Pand. § 65, Regelsberger Bd. 1 § 192.

3) Vorzugsweise Bekker Bd. 1 S. 89 hat den Begriff der negativen Rechte entwickelt, zu denen er außer Exzeptionen Rezissionsklagen, z. B. in integrum restitutio rechnet.

Der Prätor fügte nämlich die Exzeption als negative Kondemnationsbedingung in die Klageformel ein und wies so den Richter an, den Beklagten nur zu verurteilen, wenn die Exzeption unbegründet war, also selbst wenn sich die Klagebehauptung bewahrheitete, dagegen freizusprechen, wenn entweder das Klagerecht nicht bestand, oder die Exzeption richtig stand.[4]

Damit vermochte der Prätor veraltetes und unbilliges Recht außer Kraft zu setzen.[5] Ist um deswillen die Exzeption ein Rechtsbehelf, welcher bloß im Gegensatz des prätorischen und zivilen Rechtes seine Existenzberechtigung hatte, so daß er mit dessen Ausgleichung hätte verschwinden müssen? — Das behaupten viele Neuere. Nur das, meinen sie, könne für die heutige Dogmatik die Frage sein, ob ein Recht wirksam sei, dann existiere es, oder ob dies nicht der Fall sei, dann existiere es nicht. Ein an sich existierendes, aber durch Exzeption entkräftbares — s. g. exzeptionsmäßiges — Recht sei daher eine contradictio in adjecto.[6]

Dieser Angriff dringt nicht in die Tiefe. Er verkennt, daß in der römischen Exzeption ein allgemeingültiges Element liegt. Die Frage, ob ein Klagerecht fehlt oder ob es nur durch Exzeption überwindbar ist, hat auch heute — auch nach B.G.B. — volle Realität.[7]

2. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich die wichtige Unterscheidung der — materiellrechtlichen — Einreden und der — prozessualischen — Einwendungen.

Einwendungen sind alle von dem Beklagten anzuführenden und regelmäßig zu beweisenden Tatsachen, die ihn vor Verurteilung schützen. Es kann sich um Tatsachen handeln, die die Entstehung des eingeklagten Rechtes hindern, z. B. Geisteskrankheit des sich Verpflichtenden, aber auch um Tatsachen, aus denen dessen Tilgung hervorgeht, z. B. die Zahlung.

---

4) Gaj. Inst. IV § 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quam adfirmat si, cum quo agitur, nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit. quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat.

5) Doch war dies nicht ihre einzige Funktion. Denn Exzeptionen entstammen teils dem Zivilrechte, teils dem prätorischen Rechte, Gaj. Inst. IV § 118.

6) Vgl. J. A. M. Albrecht, die Exzeptionen 1835, Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 275 ff., Eisele, die materielle Grundlage der Exzeptio 1871. Besonders scharf erklärte sich gegen die Berechtigung des Begriffs der exceptio im heutigen Rechte Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen 1876. Im § 4 S. 38 ff. gibt Lenel eine Übersicht der Schriftsteller, welche sich über die Frage äußerten, vgl. auch Schwalbach in Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 34 ff. Gegen Lenel hat sich namentlich Arndts § 101 Anm. 1 ausgesprochen, sowie Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 1 und Keller im sächs. Arch. für bürg. Recht Bd. 2 S. 685. Vgl. noch Kipp bei Windscheid a. a. O.

7) Vgl. oben § 120.

Enger ist der Begriff der Einrede, er entspricht im wesentlichen dem der römischen exceptio. Denn als Einrede ist zu bezeichnen ein Gegenrecht des Verpflichteten, beruhend auf einer Tatsache, welche den Anspruch des Berechtigten zwar nicht aufhebt, wohl aber für den Verpflichteten das Recht begründet, die Erfüllung des Anspruches zu verweigern.[8]

Die Wirkungen von Einwendung und Einrede sind verschieden:

a) Tatsachen, welche den Einwendungen zu Grunde liegen, heben das Klagerecht schlechthin auf, der Richter hat sie zu berücksichtigen, auch wenn sie nicht besonders vom Beklagten vorgeschützt wurden. Ergibt sich also aus dem Klagevorbringen, daß die eingeklagte Forderung bezahlt ist, so ist der Kläger abzuweisen, auch wenn der Beklagte nicht erscheint, also sich nicht verteidigt.[9]

b) Exzeptionen — Einreden — dagegen sind nur zu berücksichtigen, wenn sich der Beklagte dieses Rechtsbehelfes bedient.[10]

Ergibt sich z. B. auch aus dem Klagevortrage, daß die eingeklagte Forderung verjährt ist, so darf der Richter doch deswegen die Klage nicht abweisen. Denn der Einwand der Verjährung ist eine Exzeption; das Klagerecht als solches ist nicht in Frage gestellt.[11] Dies hat gute Gründe. Denn mancher Schuldner will seine Befreiung der Verjährung nicht verdanken.[12]

Häufig ist die Exzeption im Grunde ein Mittel der Verfolgung eines

---

8) Vgl. Friedenthal, Einwendung und Einrede in der C.P.O. und dem B.G.B. 1898, W. Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio. Einrede und Einwendung 1899.

9) C.P.O. § 331 Abs. 2.

10) In diesem Sinne sagt l. 1 D. de except. 44, 1. Ulpianus libro 4 ad edictum. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est, d. h. es bedarf einer Tätigkeit des Beklagten, damit ihm die Exzeption zu gute kommt. Sie ist aber nicht auf den Angriff, sondern auf Abwehr gerichtet.

11) Dies ist auch der Sinn des § 222 Abs. 1 des B.G.B.

12) Leistete in Rom eine Frau Bürgschaft und wurde gegen sie aus der Bürgschaft geklagt, so lag die verbotene Interzession in der Regel offen zu Tage. Dennoch war die Frau zu verurteilen, wenn sie die exceptio S. C. Vellejani nicht anrief. Gerade um deswillen und weil die Frauen oft Bedenken trugen, sich auf das S. C. zu berufen, hat Justinian als Form der Interzession eine öffentliche, von drei Zeugen unterschriebene Urkunde gefordert. Fehlte diese Form, dann war der Akt nichtig, mithin kam die Obligation nicht zu stande und der Richter konnte die Verurteilung der Frau nicht aussprechen, auch wenn sie sich nicht auf die Rechtswohltat berief. Dies hebt Justinian in der l. 23 § 3 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 sehr bestimmt hervor. Si autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta, nec senatus consulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

positiven Rechtes. Dies gilt z. B. von der Einrede der Zurückbehaltung wegen eines Gegenanspruches. Hier vollends wäre es begriffswidrig, wenn der Richter den Kläger ohne Antrag des Beklagten abweisen müßte, sobald der Gegenanspruch durch die Verhandlung gerichtskundig würde.[13]

3. Der Exzeption kann ein Replik entgegentreten. **Replik ist das Recht der Abwehr einer Exzeption.**[14] Durch die Replik erhält das Klagerecht wieder ungehemmte Wirksamkeit.[15] Die Replik führt nur dann zum Siege, wenn das Klagerecht begründet ist; sie entfernt die Exzeption, gibt aber der Klage keine neue Grundlage.]

4. Entsprechend kann eine **Duplik** die Replik beseitigen und der Exzeption ihre Wirksamkeit zurückgeben.[16]

§ 138. Arten der Exzeptionen.

1. Die Exzeptionen sind teils peremptorische, teils dilatorische.[1]

a) Exzeptionen, welche die Geltendmachung des Rechts **dauernd ausschließen**,[2] die **peremptorischen** haben tilgende Kraft. Sie vernichten das Gläubigerrecht, vorausgesetzt, daß der Schuldner von ihnen Gebrauch macht. Die Abweisung der Klage auf Grund peremptorischer Exzeptionen ist eine endgültige.

---

13) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 266.

14) l 2 § 1 D. de exc. 44, 1. Ulpianus libro 74 ad edictum. Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet.

15) Wenn der in Konkurs verfallene Gemeinschuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger einen gerichtlich bestätigten Akkord abschließt, vermöge dessen ihm gewisse Prozente seiner Schulden erlassen werden, so erwirbt er eine Exzeption. Ist aber der Akkord durch Betrug zu stande gebracht, so ist jeder Gläubiger befugt, den Erlaß anzufechten, was durch Replik geschehen kann. K.O. § 196.

16) l. 2 § 3 D. de exc. 44, 1. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit.

1) l. 3 D. de except. 44. 1. Gajus libro 1 ad edictum provinciale. Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei judicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt quae evitari possunt. Über die procuratoriae exceptiones vgl. Gaj. Inst. IV § 124, § 11 J. de exc. 4, 13 und namentlich Bülow, Prozeßeinreden 1868 S. 29 ff., dazu auch A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 273 ff., S. 348, Lenel, edictum S. 78.

2) So B.G.B., vgl. z. B. § 1169.

b) Die dilatorischen Exzeptionen verzögern, sie haben keine tilgende Kraft. In der klassischen Zeit des römischen Rechtes führten allerdings auch die dilatorischen Exzeptionen, wenn ihnen der Kläger nicht auswich, vielmehr trotz ihrer Vorschützung auf Verweisung des Prozesses vor den Geschworenenrichter bestand, zu endgültiger Abweisung.[3] Dies wurde aber bereits in der christlichen Kaiserzeit geändert.[4] Derzeit ist Folge der dilatorischen Einrede entweder Abweisung zur Zeit oder angebrachtermaßen oder auch bedingte oder befristete Verurteilung.[5]

Die dilatorischen Einreden beruhen entweder auf dem materiellen Rechte oder auf dem Prozeßrechte.[6] Zu den Einreden der letzteren Art gehört die der Rechtshängigkeit, welche mit der Klageerhebung eintritt und der Partei entgegentritt, welche während des anhängigen Prozesses die Streitsache anderweit anhängig macht.[7]

2. Die Exzeptionen sind ferner entweder sachliche — rei cohaerentes — oder persönliche — personae cohaerentes.

Sachliche Exzeptionen stehen jedem zu, gegen welchen aus dem Rechtsverhältnisse geklagt wird. Persönliche Exzeptionen stehen nicht jedem zu, sondern nur bestimmten Personen.[8] Sie haften nicht an dem Verhältnis, sondern befreien eine Person. Eine bloß persönliche

3) Gaj. Inst. IV § 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in judicium deducta et per exceptionem perempta.

4) Die Änderung geschah durch Zeno § 10 J. de except. 4, 13 und die restituierte l. 1 C. de plus pet. 3, 10. Den Kläger trafen Prozeßkosten und Strafen im Falle der Abweisung auf Grund der dilatorischen Exzeption.

5) Vgl. unten § 154 II c.

6) An sich mußte die Exzeption vor der Konstituierung des judicium vorgebracht und in die Formel eingerückt sein, damit sie der judex berücksichtigen konnte. Allein der Prätor versprach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn eine peremptorische Exzeption nicht rechtzeitig vorgebracht war. Man hatte hierbei Versäumung aus Irrtum im Auge — Gaj. Inst. IV § 125 — aber im Edikt war die Restitution ohne weiteres versprochen; dies geht aus l. 2 C. sententiam rescindi 7, 50 hervor; vgl. über sie Krüger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 n. 4, siehe ferner l. 8 C. de except. 8, 35. Ob der Beklagte gegen Versäumnis dilatorischer Einreden Restitution erhalten solle, war zur Zeit von Gajus streitig und wurde später entschieden verneint, l. 12 C. de except. 8, 35. Man sollte durch rechtzeitiges Vorbringen der dilatorischen Einrede den Kläger warnen und zum Abstehen von einer erfolglosen Klage bestimmen. Nach der C.P.O. § 278 können Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere auch peremptorische und dilatorische Einreden, bis zum Schlusse der Verhandlung geltend gemacht werden. Eine Zurückweisung von Verteidigungsmitteln wegen Verzögerung ist jedoch zulässig, wenn die Verzögerung dolos oder infolge von culpa lata geschah.

7) C.P.O. § 263; vgl. oben § 126 Anm. 5.

8) l. 7 pr. § 1 D. de except. 44, 1.

Exzeption entspringt z. B. aus dem Zwangsvergleiche, welchen der in Konkurs verfallene Schuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger schloß; denn er kommt nur ihm und seinen Erben, nicht aber seinen Bürgen und Mitschuldnern zu gute.[9]

3. Einige Exzeptionen stehen *jedem entgegen*, welcher aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse klagt — sie wirken in rem —; andere haben Wirkung *nur gegen gewisse Personen* — sie sind in personam.[10]

4. Man unterscheidet endlich exceptiones in factum und die *exceptio doli*[11] *generalis*.

Die exceptiones in factum heben einen besonderen Tatbestand hervor. Beispiele sind die exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae und die des dolus wegen Betruges, s. g. exceptio doli specialis.

Die exceptio doli generalis stützt sich darauf, daß die *Klage* ein *Unrecht* bilde. Ursprünglich suchte man ihren Grund in der malhonneten Gesinnung des Klägers, welcher das formelle Recht mißbraucht, um unlautere Vorteile zu gewinnen. Aber bald wurde dies bloße Einkleidung. Die exceptio doli generalis wurde daher ohne Rücksicht auf die Gesinnung des Klägers zulässig, wenn das Klagerecht dem wahren Rechte widerstritt, im gegebenen Falle also nur die Form, nicht das Wesen des Rechtes hatte.[12]

In dieser Funktion war die exceptio doli für die Entwicklung des römischen Rechtes besonders wichtig. Zahlreiche Rechtsinstitute bildeten sich unter ihrem Schutze aus.[13]

---

9) K.O. § 193 am Ende.

10) l. 4 §§ 27 ff. D. de doli mali et met. 44, 4. Die Unterscheidung ist von Bedeutung im Wechselrechte, vgl. W.O. Art. 82: Der Wechselschuldner kann sich gegen jeden solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen — exceptiones in rem — sonst nur solcher, die ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen — exceptiones in personam.

11) Die Formel der exceptio doli lautete: si in ea re nihil dolo malo A^1 A^i factum sit neque fiat. Die exceptio wird in ihrem ersten Gliede gewöhnlich als die des dolus specialis bezeichnet, in ihrem zweiten Gliede — neque fiat — als die des dolus generalis. l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44, 4. Vgl. über die exceptio doli Hänel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 12 S. 422 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 S. 112 ff., 2 A. S. 231 ff., H. Krüger, zur Lehre von der exceptio doli I 1892, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 116 S. 1077.

12) Eine Analogie bietet die querella inofficiosi testamenti, welche ursprünglich auf die Pflichtwidrigkeit des Erblassers gebaut war, später aber auch hiervon abgesehen dem Pflichtteilsberechtigten Ansprüche gab. Freilich wird wohl auch hier und da später auf die ursprüngliche subjektive Grundlage der exceptio doli ein gewisses Gewicht gelegt, so von Ulpian in der l. 2 § 5 D. de doli mali 44, 4 „nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat". Dagegen äußert Papinianus libro 3 quaestionum l. 12 D. h. t.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Vgl. des weiteren Pernice a. a. O. S. 120 2 A. S. 247 ff.

Sie trat namentlich Klagen aus Formalgeschäften, z. B. Stipulationen entgegen, welche eines materiellen Rechtsgrundes — der causa — ermangelten.[14]

Die exceptio doli wurde ferner das Mittel zur Geltendmachung des Retentionsrechtes — Zurückhaltungsrechtes.[15] Es ist dies die Befugnis, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis der andere Teil gewissen Gegenansprüchen gerecht wird. Ein Hauptfall ist die Zurückhaltung einer fremden körperlichen Sache.[16] Es ist dies aber nicht der einzige; auch eine bloß geschuldete Leistung kann man zurückhalten.[17] Die Gegenansprüche können klagbar sein, wesentlich ist dies aber nicht. Meist ist ferner der Grund des Retentionsrechtes wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Gegenansprüche — Konnexität —, aber es gibt auch anerkannte Retentionsfälle, wo dies nicht der Fall ist. Das Retentionsrecht sucht die Erfüllung der Forderungen des Retinenten durch zeitweilige Hemmung der Ansprüche des anderen Teils zu erzwingen. Es gibt dem Zurückhaltenden aber nicht die Befugnis, über den Gegenstand der Zurückhaltung — etwa durch Verkauf behufs Befriedigung seiner Gegenansprüche — rechtlich zu verfügen oder dessen Nutzungen zu diesem Zweck zu verwenden oder dasselbe — von den Besitzklagen abgesehen — im Fall des Verlustes klagweise zu verfolgen.[18] —

Die produktive Kraft der exceptio doli generalis ist nicht erloschen. Fortwirkend hat sie lebendige Kraft. Sie ist ein Organ des wahren Rechts in Fällen geblieben, in welchen die Anwendung einer ge-

13) Zwei Sätze des römischen Prozeßrechtes sind hier nur zu erwähnen, nämlich a. Exomnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Ulpianus libro 76 ad edictum l. 2 § 5 D. h. t. vgl. freilich l. 4 § 33 D. eod. und b. Exceptio doli inest bonae fidei judiciis l. 21 D. sol. matr. 24, 3, l. 84 § 5 D. de leg. I, d. h. es bedurfte keiner besonderen Einfügung der exceptio doli in die Formel des bonae fidei judicium, um den Richter zu ihrer Berücksichtigung zu ermächtigen, vgl. Birkmeyer, die Exzeptionen im bonae fidei judicium S. 131.

14) l. 2 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4, vgl. l. 4 § 1 D. eod.

15) Langfeld, d. L. v. Retentionsrecht 1886 und dort Angeführte, Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 267. — Geschichtliches, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 121 2 A. S. 252 ff.

16) Dahin gehört das Retentionsrecht des Besitzers einer fremden Sache wegen Verwendungen gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe, siehe unten § 227. Ein Retentionsrecht wegen nicht konnexer Forderungen siehe im § 279.

17) Ebenso B.G.B. § 273 Abs. 1.

18) Das Retentionsrecht ist eine Hauptart der „negativen Rechte", vgl. oben § 137 Anm. 3. Es hat dingliche Natur, wenn es dinglichen Rechten ohne Unterschied des Berechtigten entgegentritt, sonst persönlichen Charakter. Bekker, Reform des Besitzrechtes 1891, S. 31.

setzlichen Regel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechtes zuwiderliefe.[19] So auch unter der Herrschaft des B.G.B.

Viertes Kapitel.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 139. Begriff der Restitution.[1]

I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — in integrum restitutio — ist Beseitigung einer Verletzung aus Billigkeit durch besondere richterliche Hilfe.[2]

Hierin liegt ein außerordentliches Rechtsmittel,[3] weil der Richter nicht wie in anderen Fällen Recht anwendet, sondern durch seinen Spruch Recht schafft.[4]

Seine Entstehung dankt dies Rechtsmittel den Prätoren. Die hervorragende staatsrechtliche Stellung der römischen Magistrate tritt in ihm vornehmlich hervor.

Die Grundidee desselben aber ist, daß es Rechtgebiete gibt, in

19) Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 7, Brinz 2. Aufl. § 108 a. E. Auch Römer in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 20 n. 2: „die exceptio doli, insbesondere im Gebiete des Wechselrechtes" hält sie für unanwendbar, falls es sich nicht um Fälle handelt, in denen sie die römischen Quellen anerkennen. Römer führt übrigens zahlreiche Entscheidungen höherer Gerichte, insbesondere des R.O.H.G. an, welche mit der exceptio doli generalis operieren. Vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 308 ff., Regelsberger Bd. 1 § 192 Anm. 11.

1) Das Hauptwerk ist von Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1831, welcher von S. 29 ab die ältere Literatur angibt; vgl. weiter Savigny Bd 7 S. 91 ff.; Spaltenstein, Wiedereinsetzung 1873; Brinz Bd. 1 S. 405 ff., siehe auch Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 74; Hölder, Pand. S. 316, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 §§ 115 ff.

2) Wiederherstellung früherer Zustände findet sich sehr häufig auch bei anderen Rechtsmitteln. Beispielsweise wird auf Grund der actio redhibitoria wegen verborgener Mängel der Kaufsache die Lage durch Urteil wiederhergestellt, wie sie ohne Abschluß des Kaufgeschäftes gewesen wäre. In der Wiederherstellung des vorigen Standes allein liegt also das Spezifische des hier behandelten Rechtsmittels nicht. Vielmehr ist ihm wesentlich, daß die Wiederherstellung durch besonderes Eingreifen des Richters in den ordentlichen Gang des Rechtes erfolgt.

3) Vgl. l. 16 pr. D. de min. 4, 4.

4) Die Restitution wird zutreffend mit der Begnadigung im Strafrecht verglichen. Die Römer nannten beides restitutio in integrum. Die abstrakte Regel des Rechtes wird oft der besonderen Lage des Falles nicht gerecht. Persönliches Eingreifen mildert die Härten, welche hieraus entstehen, durch Begnadigung im Gebiete des Strafrechtes, durch Restitution im Zivilrechte. Wer wollte im übrigen die verschiedene Entwicklung und Stellung beider Institute verkennen?

welchen eine gleichmäßige und allgemeine Ordnung durch Rechtsnormen unzweckmäßig oder unausführbar ist, so daß nichts übrig bleibt, als dem Richter anheimzugeben, im einzelnen Fall nach dessen Besonderheit das Erforderliche anzuordnen.

Wir finden zahlreiche Restitutionsfälle in den letzten Jahrhunderten der römischen Republik, denn damals machten sich neue Rechtsideen geltend, welche billig erschienen, aber noch nicht reif und völlig ausgetragen waren. Sie verwirklichten sich zunächst nicht durch allgemeine Rechtssätze, sondern durch prätorische Restitutionen je nach Lage des Falles. Allmählich aber verkörperte man jene Ideen in festen Rechtsordnungen, damit wurde die Restitution wieder zurückgedrängt.

II. Die späteren römischen Juristen führen sechs Restitutionsgründe auf;[5] indessen waren zu ihrer Zeit mehrere bereits abgestorben.

1. Wohl eine der ältesten Restitutionen war die wegen Zwanges. Seit aber dem Gezwungenen ordentliche Rechtsmittel, insbesondere die actio quod metus causa, halfen, kam Restitution wegen Zwanges nur noch unter besonderen Umständen vor, bei welchen diese Art der Hilfe vorzugsweise zweckmäßig schien.[6]

2. Wegen Irrtumes wurde von jeher nur unter besonderen Voraussetzungen restituiert.[7] Am häufigsten geschah dies im Prozeß.[8]

3. Die Restitution wegen Betruges war von beschränkter Anwendung.[9] Sie erhielt weitere Ausbildung nicht, seit man regelmäßig durch die actio doli Hilfe schaffte.[10]

4. Nach altrömischem Rechte wurde der Schuldner von seinen Schulden frei, wenn er capitis deminutio minima erlitten hatte. Hiergegen erteilte der Prätor den Gläubigern Restitution. Schließ-

5) Pauli sent. I 7 § 2. Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem et justum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur; vgl. l. 1, l. 2 D. de in integr. rest. 4, 1.

6) Vgl. oben § 103 S. 241.

7) Es gehörte hierher das Edikt quod eo auctore qui tutor non fuerit . . . si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem l. 1 §§ 2, 6 D. quod falso tutore 27, 6. Der Fall wurde nicht gemeinrechtlich. Andere meist gleichfalls antiquierte Fälle, in welchen in Rom wegen Irrtums restituiert wurde, zählt Vangerow Bd. 1 § 186 auf. Als gemeinrechtlich erachtet man wohl l. 1 § 17 in f. D. de separat. 42, 6. Vgl. Hollander, zur Lehre vom error S. 152 ff.

8) Die Restitutionsklage der C.P.O. § 580 gegen ein rechtskräftiges Urteil hat zum Teil ihren Grund im Irrtume der Prozeßpartei. Das Nähere gehört in eine Darstellung des Prozeßrechtes.

9) Es gehörte hierher das Edikt: quae alienatio judicii mutandi causa facta erit dolo malo in integrum restituam. l. 4 § 3, l. 10 § 1 D. de alienatione 4, 7; Lenel, edictum S. 101, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 120 S. 1092.

10) Hiermit steht l. 7 § 1 D. de in integrum rest. 4, 1 nicht in Widerspruch.

lich aber gab er ihnen eine Klage, wodurch er die Befreiung von Schulden wegen status mutatio ständig beseitigte.[11] Diese Art der Befreiung ist dem heutigen Rechte völlig fremd.

5. Minderjährigkeit und

6. notgedrungene Versäumnisse begründeten ebenfalls Restitution.

Die beiden letzten Gründe allein hatten im justinianischen Rechte erhebliche Bedeutung.

Jede Restitution fordert:

a) eine Verletzung — Läsion —, gegen welche die Wiedereinsetzung geschieht und

b) einen Restitutionsgrund.

III. Das B.G.B. hat die Wiedereinsetzung in den früheren Stand nicht übernommen. Sie findet sich noch in Reichsgesetzen, welche das Verfahren betreffen.[12]

§ 140. Verletzung.

Die Restitution bringt Beschädigten Hilfe. Nicht bloß Vermögensschäden durch zugefügte Verluste oder entgangene Vorteile kommen dabei in Betracht, sondern auch andere Nachteile.[1] Daher ist Restitution gegen familienrechtliche Geschäfte möglich, z. B. gegen Arrogation,[2] Anerkennung eines Kindes, Verlöbnis,[3] nicht aber gegen Eingehung einer Ehe, weil sie grundsätzlich nicht trennbar ist.[4]

Restitution soll in der Regel nicht erteilt werden, wenn der Schaden gering ist und wenn er nur mit unverhältnismäßigem Nachteil geheilt werden kann. Dieser Gesichtspunkt kann namentlich bei der Restitution Minderjähriger in das Gewicht fallen.[5]

---

11) l. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5.

12) C.P.O. §§ 233 ff., 501, 707, Konk.O. § 165, Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit §§ 22, 34, 96.

1) l. 27 D. ex quibus causis 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum. Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.

2) l. 3 § 6 D. de min. 4, 4.

3) R.G. Bd. 21 S. 181.

4) Savigny Bd. 7 S. 142; Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 13.

5) Nicht selten lehrt man, geringer Schaden werde bei der Restitution nicht berücksichtigt — minima non curat praetor; das dies aber so allgemein nicht richtig ist, ergibt schon l. 4 D. de in integr. rest. 4, 1. Callistratus libro 1 edicti monitorii. Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat. Unter besonderen Umständen wird ein größerer Schaden verlangt, so l. 9 pr., l. 49 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adversus vend. pignoris 2, 28. Die

Die Restitution wurde versagt

a) gegen Schaden, den man sich durch Dolus zugezogen hat,[6]

b) gegen den Verlust von Privatstrafklagen,[7]

c) gegenüber der 30jährigen oder längeren Verjährung,[8]

d) den Deszendenten gegenüber ihren Aszendenten.[9]

§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe.[1]

I. Die römische Restitution wegen Minderjährigkeit hielt sich ursprünglich in engen Grenzen; allmählich erweiterte man sie. Schließlich verfuhr man vielfach so lax, daß die Zwecke, welche man im Auge hatte, nicht mehr gewahrt blieben.

1. Das Edikt versprach Restitution gegen *Verhandlungen* — gesta — *des Minderjährigen* mit Dritten.[2] Man erteilte sie jedoch sachgemäß auch gegen einseitige Erklärungen des Minderjährigen, sowie gegen Unterlassungen.[3]

Der Ausgangspunkt war die Absicht, Minderjährige gegen bewußte Übervorteilung seitens Dritter zu schützen. Hieran hielt man aber nicht fest. Minderjährige sollen durch *Leichtsinn* und *Unerfahrenheit*, wie sie ihrem Alter eigen sind, nicht zu Schaden kommen.[4] Gegen Schaden, welcher in *Zufall* seinen Grund hat, werden sie nicht geschützt.[5] Wenn

---

gewöhnlich hierher bezogenen l. 9 § 1 D. de min. 4, 4 und l. 1 C. si adversus don. 2, 29 versagen die Restitution nicht, weil der Schaden *gering* war, sondern weil *kein Schaden* vorlag. So mit Recht Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 6, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 176.

6) l. 9 § 2 und § 5 D. de min. 4, 4, l. 26 § 6 D. ex quibus causis 4, 6, l. 1, l. 2, l. 3 C. si minor se majorem 2, 42. Restitution von Minderjährigen gegen die Folgen ihrer bloß fahrlässig begangenen Delikte ist nicht schlechthin ausgeschlossen, denn solche Fahrlässigkeit kann bei Minderjährigen verzeihlich sein. Savigny Bd. 7 S. 139; a. Ans. Regelsberger Bd. 1 § 201 Anm. 7.

7) l. 37 pr. § 1 D. de min. 4, 4, l. 18 D. ex quibus causis 4, 6.

8) l. 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. — Über die Unzulässigkeit der Restitution gegen Ablauf der Frist des § 3 Ziff. 2, 3 und 4 sowie § 4 des Anfechtungsgesetzes v. 21. Juli 1879, vgl. R.G. Bd. 17 S. 70.

9) l. 2 C. qui et adversus 2, 41. Vgl. überhaupt über die Beschränkungen der Restitution Vangerow Bd. 1 § 178 Anm. 2.

1) Vgl. oben § 53.

2) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4. Praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam. Über das gestum vgl. l. 7 pr. ff. D. de min. 4, 4, l. 9, l. 11 D. eod.

3) l. 8 C. de in integrum rest. 2, 21.

4) l. 1 pr. D. h. t. 4, 4, l. 5 pr. C. de in integr. rest. 2, 21 Diocletianus et Maximianus. Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit. l. 3 § 7 D. h. t. 4, 4.

5) l. 11 § 4 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. Item non restituetur qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte

indes der Minderjährige Geschäfte eingeht, welche an sich vorteilhaft, aber gewagt sind und, da er sie nicht rasch genug abwickelt, Unfälle erleidet, so wird er dennoch restituiert.[6]

Die Restitution ist *nicht* dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige unter *Konsens seines Kurators* gehandelt hat.

Auch Minderjährige in väterlicher Gewalt erhalten Restitution, trotzdem sie mit *väterlicher Ermächtigung* gehandelt haben.[7]

Dies, einseitig durchgeführt, mußte Geschäfte jeder Art mit Minderjährigen praktisch unmöglich machen und sie jedes Kredits berauben, überhaupt aber den Verkehr schädigen. Daher drang *Paulus* darauf, daß Minderjährige nicht ohne weiteres restituiert werden sollten, sondern nur, wenn ihre *Übervorteilung* eine *offenkundige* sei oder wenn sie durch eigene *grobe Nachlässigkeit* beschädigt wären.[8] Dies ist nicht ohne nachhaltige Wirkung geblieben.[9]

---

accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas . . . unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

6) l. 11 § 5 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Julianus quidem libro 46 sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Julianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuivis patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere. sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

7) l. 3 §§ 4 ff. D. h. t. 4, 4.

8) Paulus libro 1 sententiarum l. 24 § 1 D. h. t. 4, 4. Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur: itaque *nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.* Die Flor.[1] liest autam, wonach Mommsen admodum auflöst, offenbar mit Recht; es entspricht der „manifesta" circumscriptio, daß „admodum" neglegenter folgt. Die facilitas, welche für Ulpian Restitutionsgrund ist, l. 44 D. h. t., und die grobe Nachlässigkeit, welche Paulus fordert, sind sehr verschiedene Dinge. Die Ausführung von Paulus über die Restitution der Minderjährigen ist also von einem anderen Geiste getragen, als es die Erörterungen Ulpians sind. Auch an anderen Orten opponiert Paulus übertriebener Ausdehnung der Restitution, welche schließlich allen Kredit zerstören müßte. So in dem Falle, den er libro 1 decretorum — l. 38 D. h. t. berichtet. Ämilius Larianus hatte ein Grundstück unter lex commissoria gekauft, war vor dem Zahlungstage verstorben und von der unmündigen Rutiliana beerbt worden. Ihre Vormünder berichtigten den Kaufschilling trotz mehrfacher Mahnung nicht. Der Verkäufer machte von der lex commissoria Gebrauch, die Rutiliana suchte Restitution nach. Die Vorinstanzen schlugen die Restitution ab, die Sache gelangte an den Kaiser: putabam bene judicatum, quod pater ejus, non ipsa con-

2. Da die Minderjährigen Restitution auch erhalten, wenn sie unter vormundschaftlicher Zustimmung gehandelt haben, so war es folgerecht, daß sie auch dann restituiert werden, wenn Vormünder für sie gehandelt hatten.[10] Nicht einmal die obervormundschaftliche Genehmigung schließt die Restitution aus.[11] Aber Dolus oder grobe Nachlässigkeit der Vormünder ist zu erfordern.[12]

3. Gemeinden teilte man hinsichtlich der Restitution die Rechte der Minderjährigen zu.[13] Das kanonische Recht gewährte sie auch kirchlichen Korporationen,[14] die Praxis juristischen Personen überhaupt, namentlich dem Fiskus, überwiegend auch den nichtminderjährigen bevormundeten physischen Personen, insbesondere Geisteskranken; nicht leicht aber Verschwendern.

4. Die Restitution wegen Minderjährigkeit wurde in einigen besonderen Fällen ausgeschlossen.[15]

Restitution eines Minderjährigen gegen einen Minderjährigen ist zulässig. Aber sie wird versagt, wenn sie dem beklagten Minderjährigen einen Verlust zufügen würde, durch welchen sein Vermögen tatsächlich gemindert werden würde.[16]

Für großjährig Erklärte erhalten wegen Handlungen oder Unterlassungen nach der Großjährigkeitserklärung keine Restitution.[17]

II. Die neuere Zeit hat die Restitution wegen Minderjährigkeit zunächst zurückgedrängt, schließlich beseitigt.

---

traxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri, quod dies postea transisset, non magis, quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit: in integrum restituendam.

9) Vgl. l. 1 pr. C. qui et adversus quos 2, 41 von Alexander aus dem Jahre 232.

10) l. 47 pr. D. de min. 4, 4, l. 7 § 8, l. 49 D. eod., l. 2, 3, 5 C. si tutor 2, 24. Ebenso wenn der Vater als natürlicher Vormund für sie handelt, R.G. Bd. 15 S. 192, Seuff. A. Bd. 37 n. 178.

11) l. 11 C. de praediis vel aliis rebus 5, 71.

12) arg. l. 24 § 1 D. h. t. vgl. oben Anm. 8, siehe auch R.G. Bd. 15 S. 195, Seuff. A. Bd. 30 n. 224, Bd. 47 n. 178.

13) l. 4 C. quibus ex causis majores 2, 53.

14) cap. 1, 3, 6 X de integr. rest. 1, 41.

15) Die Fälle führt an Bangerow Bd. 1 § 83 Anm. 2. Es gehört hierher, daß Minderjährige nicht restituiert werden sollen, wenn sie jussu patris ein Darlehn aufnehmen, l. 3 § 4 D. de min. 4, 4. Es ist dies freilich singulär.

16) l. 11 § 6 D. h. t. 4, 4, l. 34 pr. D. eod.

17) l. 1 C. de his, qui veniam 2, 44.

Im gemeinen Recht wurde die Ansicht herrschend, daß Minderjährige sich ohne Zustimmung von Vormündern nicht gültig verbinden können, ihre bezüglichen Handlungen galten also als nichtig,[18] womit Restitution gegen dieselben überflüssig wurde und wegfiel.

Restitution wurde daher nur erteilt gegen Handlungen der Minderjährigen, welche sie mit vormundschaftlicher Zustimmung vornahmen, und gegen Handlungen und Unterlassungen der Vormünder. Die C.P.O. alter Fassung § 210 Abs. 1 beseitigte ferner die Restitution wegen Minderjährigkeit und gleichgestellter Fälle gegen Versäumnisse der Prozeßfristen und gegen richterliche Urteile.

Die neuere Gesetzgebung des deutschen Reichs aber kennt keine Restitution wegen Minderjährigkeit. Sie gehört in Deutschland der Rechtsgeschichte an.

§ 142. Restitution gegen notgedrungene Versäumnisse.

I. Gegen notgedrungene Versäumnisse erteilte der römische Prätor Wiedereinsetzung in den früheren Stand in weitgehender Weise.[1][2]

1. Die Versäumnisse, gegen die man hierdurch Hilfe erlangte, sind mannigfachster Art. Die Restitution kann die Versäumung gerichtlicher Handlungen heilen, insbesondere der rechtzeitigen Erhebung der Klage behufs Unterbrechung einer Verjährung, sowie der Einhaltung von prozessualischen Fristen, an welche ein Rechtsmittel geknüpft ist. Aber auch gegen Versäumnis außergerichtlicher Handlungen wird restituiert, z. B. gegen den Nichtgebrauch einer Servitut, welcher deren Erlöschen zur Folge hatte. Unter Umständen kann Restitution selbst gegen Versäumung vertragsmäßiger Fristen erteilt werden.[3]

2. Die Versäumnis muß eine notgedrungene sein. Nicht absolute Unmöglichkeit wird gefordert. Es handelt sich um Hindernisse,

---

18) Vgl. oben § 54 S. 122.

1) Es ist vorzugsweise Paulus libro 12 ad edictum l. 16 D. ex quibus causis majores 4. 6, welcher den Notfall betont. Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Von den Neueren hat Brinz Bd. 1 S. 418 ff. vor anderen auf diese Grundgedanken hingewiesen. Gewöhnlich spricht man von Verhinderung „wegen äußerer Hindernisse". Dies trifft unseres Erachtens nicht den Kern der Sache.

2) Das Edikt selbst stellte die Restitution wegen Notversäumnis jedem Verletzten in Aussicht. Die Überschrift ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur wurde gewählt, weil die Altersrestitution diese entbehrlich machte. In neuerer Zeit ist die Restitution wegen Minderjährigkeit vielfach beschränkt, nun wird im Fall einer Notversäumnis nicht selten auch für Minderjährige die Hilfe dieses Ediktes Bedürfnis.

3) Vgl. l. 41 und l. 43 D. ex quibus causis 4, 6.

welche nach den Lebensverhältnissen nicht vorhersehbar und vermeidbar waren.

Das prätorische Edikt hatte drei Klauseln:[4]

a) Abwesenheit des Beschädigten vom Orte, wo die Handlung zu vollziehen war, aus gerechter Furcht, oder im Staatsdienste, sofern nicht Dolus unterlief; ferner Gefängnishaft, Sklaverei, Kriegsgefangenschaft des Beschädigten.

b) Abwesenheit des Gegners, dessen Gegenwart zur Handlung notwendig, falls er nicht vertreten war, ferner gewisse andere Arten seiner Unzugänglichkeit, insbesondere Gefängnishaft.

c) Analoge Anwendung auf andere Fälle verhieß eine clausula generalis. Es gehört hierher notwendige Abwesenheit des Restitutionssuchers, auch wenn sie nicht in Staatsgeschäften beruhte,[5] und selbst freiwillig durch seine Verhältnisse bedingte Abwesenheit, vorausgesetzt, daß unvorhersehbare Versäumnis hieraus entstand.[6] Zufälle anderer Art geben gleichfalls Restitutionsgründe ab, z. B. Überschwemmungen und andere Unterbrechungen der Verkehrswege.[7]

3. Unterließ der Abwesende, für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu bestellen, obgleich ihm dies möglich gewesen wäre, so wird er nicht restituiert, wenn ihm durch Versäumnis Schaden erwuchs; denn er selbst ist schuld. Warum sorgte er nicht für Vertretung.[8]

Hat er aber einen Vertreter bestellt und versäumt dieser nachlässigerweise die Wahrung der Rechte seines Auftraggebers, so wird die Sache zweifelhaft.

Manche römischen Juristen erklärten sich in diesem Fall für Re-

---

4) Das prätorische Edikt gibt wieder l. 1 § 1 D. h. t. 4, 6. Es ist vervollständigt bei Lenel, edictum S. 96; vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 119 S. 1086.

5) Insbesondere stellte man der Abwesenheit reipublicae causa diejenige der „legati civitatum" gleich, l. 8, l. 26 § 9 D. h. t., l. 1 C. quibus ex causis 2, 53.

6) l. 28 pr. D. h. t. Ulpianus libro 12 ad edictum. Nec non et si quis de causa probabili afuerit, deliberare debet praetor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: nec decipiatur per justissimam absentiae causam. Es besteht der Unterschied zwischen freiwilliger und notwendiger Abwesenheit, daß man vor der ersteren seine Geschäfte ordnen kann, die zweite aber wenigstens regelmäßig nicht aufschiebbar ist. Deswegen wird die Restitution wegen freiwilliger Abwesenheit nicht so leicht erteilt, als diejenige wegen notwendiger Entfernung.

7) Vgl. l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3. R.G. in Seuff. A. Bd. 47 n. 260.

8) Manche bestreiten dies für die ediktmäßigen Fälle, insbesondere für die Restitution wegen reipublicae causa absentia. So Fritz in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 17 S. 63 und Brinz Bd. 1 S. 424. Richtig ist, daß das Edikt von der Notwendigkeit, womöglich einen Vertreter zu bestellen, bei der Restitution wegen absentia reipublicae causa nicht spricht. Daher meint Fritz „lege non distinguente" ... Doch die Restitution ist in allen Fällen Hilfe, die der Prätor aus Billigkeit nach Ermessen der Umstände gewährt. Brinz betont mit Recht als Grund der Restitution die Not. Ist dies ihre Grundlage, so folgt, daß sie dem nicht erteilt werden kann, welcher den Verlust infolge eigener Nachlässigkeit erlitt.

stitution. Denn der Verlust des Abwesenden ist hier *mittelbar* Folge seiner Abwesenheit. Wäre er anwesend geblieben, so hätte er selbst handeln können, und wenn dies geschah, so hätte ihm die Nachlässigkeit seines Vertreters nicht geschadet. Aber *Paulus* entschied sich *gegen* Restitution der Abwesenden wegen *Nachlässigkeit ihrer Vertreter*. Der Abwesende, mochte er annehmen, hat den Vertreter an seine Stelle gesetzt; was der Vertreter tut und unterläßt, ist so anzusehen, als hätte es der Vertretene selbst getan und unterlassen.[9]

So tritt Paulus auch hier, wie bei der Restitution der Minderjährigen, übertriebener Ausdehnung der Restitution entgegen.

II. Dem entspricht die C.P.O. für die Restitution gegen die Fristen der Zivilprozeßordnung. Bei dieser Restitution wird die Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, wie eine durch den Vertretenen selbst verschuldete behandelt.[10]

Die Restitution der Zivilprozeßordnung ist eine eigenartige. Sie wird gegen Versäumnis einer Notfrist erteilt, wenn die Verhinderung in Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen beruht. Sie ist an eine Frist von 2 Wochen nach Hebung des Hindernisses gebunden.[11]

---

9) Ganz allgemein gewährt Ulpian — libro 12 ad edictum — dem legatus civitatis Restitution gegen Versäumnisse, auch wenn er einen procurator hatte, l. 26 § 9 D. h. t. 4, 6 . . . legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non. Dagegen entscheidet Macer libro 2 de appellationibus l. 8 D. de in integrum rest. 4, 1, daß die reipublicae causa absentes und gleichgestellte Personen, wenn sie gegenüber einer Klage durch ihre Prokuratoren verteidigt wurden, gegen das *Judikat nicht* restituiert würden, wohl aber gegen die Versäumnis der *Appellation*. Endlich spricht Paulus libro 1 sententiarum. l. 39 D. h. t. 4, 6 aus: Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens non auditur. Paulus *versagt* also dem Vertretenen, wenn er durch eine Prokuratur defendiert werden konnte, die Restitution schlechthin. Ähnlich l. 1 C. quibus ex causis 2. 53 verb. „indefensus". Über zahlreiche Vereinigungsversuche berichtet Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 17 S. 68 ff. eingehend. Sie sind nicht gelungen. Wir haben der Ansicht des Paulus den Vorzug zu geben. Dafür sprechen innere Gründe. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich hierfür anführen, daß Paulus die Frage selbständig in der l. 39 D. h. t. behandelt, während sich in der l. 26 § 9 D. h. t. von Ulpian nur eine gelegentliche Bemerkung findet.

10) C.P.O. § 232 Abs. 2. Diese Bestimmung gilt nur für Vertreter im eigentlichen Sinne, also für Personen, welche bezüglich der Prozeßführung an die Stelle der Partei getreten sind und einen selbständigen, auf eigener Erwägung und Verfügung beruhenden Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses üben. Hierzu gehören solche Personen — z. B. Postboten — nicht, deren Tätigkeit in bloßer Übermittelung von Schriftstücken besteht. Sie sind nur Boten — nuntii — der Partei. So R.G. Bd. 10 S. 362 ff.

11) C.P.O. §§ 233 ff. Über die Restitution außerhalb des Prozesses vgl. die oben § 139 Anm. 12 angef. Gesetze.

§ 143. Durchführung der Restitution nach römischem Recht.

I. In Rom war die Restitution den höheren Magistraten vorbehalten.[1] Sie befanden über sie persönlich — extra ordinem. Die daraus sich ergebenden Klageansprüche wurden vor den Geschworenenrichter verwiesen.

1. Infolgedessen kam es häufig zu zwei getrennten Prozessen. Der erste — das judicium rescindens — beschränkte sich auf die Frage der Restitution; der zweite — das judicium rescissorium — bezweckte auf Grund des Restitutionsbescheides die Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache. So verfuhr man namentlich im Fall des Verlustes einer Klage wegen notgedrungener Versäumnis. Der Restitutionsbescheid beseitigte nur das der Klage erwachsene Hindernis, z. B. die Einrede der Verjährung. Ob die Klage an sich begründet, der Beklagte also in der Hauptsache, z. B. aus dem angeblichen Darlehen, zu verurteilen sei, war Gegenstand eines zweiten Prozesses im ordentlichen Verfahren.[2]

2. Die Restitution ist als außerordentliche Hilfe subsidiär.[3] Sie wird also nicht gewährt, wenn dem Verletzten ordentliche Rechtsmittel offen stehen, es sei denn, daß diese nicht so vollständig oder nicht so sicher oder bequem zum Ziele führen.[4]

3. Die Restitution ist an eine Frist gebunden. Nach prätorischem Recht betrug dieselbe einen annus utilis. Justinian setzte sie auf 4 fortlaufend gezählte Jahre fest — quadriennium continuum.[5]

Die Frist läuft von der Verletzung an.[6] Aber die Minderjährigkeit des

---

1) l. 26 § 1 D. ad municipalem 50, 1.

2) Im Edikt wegen Abwesenheit versprach daher der Prätor Klage — actionem dabo — und stellte eine Klageformel auf. l. 1 § 1, l. 28 §§ 5 und 6 D. ex. q. c. m. 4, 6; bei der Restitution der Minderjährigen behielt sich der Prätor das Verfahren vor — animadvertam — also ob er selbst entscheiden oder actionem rescissoriam geben wolle. Pernice in den Festgaben für Beseler S. 52.

3) l. 16 pr. D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.

4) Insbesondere erhalten Minderjährige Restitution, wenn sie zwar möglicherweise im Wege des ordentlichen Rechtes obsiegen können, wenn dieser Sieg aber von einer Beweisführung abhängig wäre. R.G. Bd. 4 S. 160, l. 6 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 19 ad edictum. Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur. sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

5) l. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2, 52. Konstantin hatte in der l. 2 C. Th. de integri restitutione 2, 16 die Frist der restitutio minorum auf ein quinquennium, quadriennium oder triennium continuum gesetzt, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in der Provinz seinen Wohnsitz hatte. — Die Frist war nicht bloß für das Anbringen des Restitutionsgesuches bestimmt, vielmehr mußte innerhalb derselben das Verfahren zu Ende geführt sein. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis nicht übernommen; es genügt das Anbringen des Gesuches innerhalb der Frist. Dieselbe hat hierdurch das Wesen einer Klagenverjährung angenommen.

6) Diese Formulierung kann auffallen, da die Frist in sehr vielen Fällen nicht schon mit der Verletzung beginnt. Aber sie ist gleichwohl grundsätzlich richtig und die Basis der bezüglichen Lehre. Von der gleichen Grundauffassung geht Justinian aus, wenn er in der l. 7 § 2 C. cit. verordnet: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in quo

Berechtigten hemmt ihren Lauf, so daß erst von dessen Großjährigkeit an gezählt wird; auch die Abwesenheit in Staatsgeschäften und die gleichgestellten Umstände bilden Hemmnisse des Beginnes bis zu ihrer Beseitigung.

Nichtkenntnis der Verletzung hemmt den Lauf der Frist nicht.[7]

Erben kommt die Frist zu gute, soweit sie noch nicht gegen ihren Erblasser abgelaufen ist. Minderjährige Erben erhalten auf Grund ihrer Minderjährigkeit selbständige Restitution, wenn sie die von ihrem Erblasser überkommene Frist nicht wahren; sie läuft von ihrer Großjährigkeit an.[8]

4. Berechtigt ist der Verletzte. Der Anspruch ist vererblich,[9] er ist abtretbar.[10]

Die Person des Beklagten ergibt sich aus dem Inhalte des Restitutionsanspruches.[11] Hiernach wird man z. B. gegen eine Ersitzung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer, gegen einen Erbschaftsantritt gegenüber allen Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern restituiert.

Die Restitution der Minderjährigen wegen geschlossener Geschäfte geht in der Regel nur gegen den Mitkontrahenten — in personam; — aus besonderen Gründen aber auch gegen Dritte — in rem.[12]

5. Der Restitutionsbescheid[13] kann je nach der Sachlage und dem Klageantrage eine verlorene Klage oder ein anderes Rechtsmittel neu in das Leben rufen oder zu tatsächlicher Wiederherstellung eines früheren Zustandes verurteilen. Die Wiederherstellung muß für beide Teile geschehen. Wird daher gegen ein Rechtsgeschäft Restitution nachgesucht, so ist der Beklagte nur unter der Bedingung zu verurteilen, daß der Restitutionskläger auch seinerseits dasjenige zurückgewährt, was er vom Restitutionsbeklagten infolge des angefochtenen Geschäftes erhalten hatte.[14] Erfolgt die Restitution aber gegen ein Geschäft mit einem Minderjährigen, so hat der Restitutionskläger nicht herauszugeben, was er während seiner Minderjährigkeit infolge Leichtsinns oder Unerfahrenheit verloren hat.[15]

---

reipublicae causa afuerint vel aliis legitimis causis . . . fuerint occupati omne praecipiatur.

7) Dies ist zwar vielfach bestritten. Aber die l. 7 C. de temporibus 2, 52 schiebt den Beginn der Frist nur für die Zeit der Minderjährigkeit und der Abwesenheit auf. Hierauf allein bezieht sich der einleitende Satz „numerari ex die, ex quo annus utilis currebat". Hieran ist auch durch das kanonische Recht nichts geändert. Dasselbe spricht sich viel zu unbestimmt aus, als daß anzunehmen wäre, es beginne die Restitutionsfrist erst mit Kenntnis von der Läsion. Anders Keil im Archiv für ziv. Praxis Bd. 38 n. 16, dagegen Vermehren ebendaselbst Bd. 39 n. 11.

8) Siehe l. 19 D. de min. 4, 4.

9) l. 24 pr. D. de min. 4, 4.

10) Bürgen kommt die Restitution wegen Minderjährigkeit des Hauptschuldners nicht zu gute, wenn sie, was die Regel ist, dem Gläubiger gerade Gewähr gegen die Gefahr der Restitution leisten sollten, l. 1. l. 2 C. de fidejussoribus minorum 21, 23, l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1, l. 13 pr. D. de min. 4, 4.

11) Wetzel disp. de quaest. adversus quem rest. imploranda est. Marburger Programm 1850.

12) l. 13 § 1, l. 14 D. de min. 4, 4.

13) Der Restitutionsbescheid war nach gemeinem Rechte anerkanntermaßen ein Urteil, welches in derselben Weise wie jedes andere Urteil rechtskräftig wird. Auch in Rom hatte sich die Rechtskraft des Restitutionsbescheides ausgebildet, l. 1 ff. C. si saepius in integrum restitutio 2, 43.

14) l. 24 § 4, l. 27 § 1, l. 40 § 1, l. 47 § 1 D. de min. 4, 4, l. un. C. de reputationibus 2. 47.

6. Nur der Restitutionskläger kann die Ausführung des Restitutionsbescheides verlangen; der besiegte Teil kann sie nicht fordern, auch wenn sie ihm nachträglich günstig erscheinen sollte.[16]

II. Nach C.P.O. §§ 237, 238 entscheidet über den Antrag auf Wiedereinsetzung das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht. Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden.

Fünftes Kapitel.

Die Klagenverjährung.

§ 144. Die Verjährung im allgemeinen.[1]

1. Die Verjährung befestigt lange bestehende Verhältnisse. Die Zeit erhebt sie zu Rechten oder tilgt wenigstens entgegenstehende Rechte.

Das Recht wiegt schwerer in der Wage der Gerechtigkeit als der bloß tatsächliche Zustand. Aber das Zünglein neigt sich auf die Seite des letzteren, wenn das Gewicht der Jahre hinzutritt. Die Ordnungen, welche sich tatsächlich bilden und lange Zeit unangefochten bestanden, werden für die Lebensverhältnisse maßgebend. Sollen sie gleichwohl noch auf dem Wege Rechtens beseitigt werden, so entstehen Störungen, die weithin wirken. Mit Grund fordert man daher, daß sich die Rechte, um sich zu erhalten, rechtzeitig im Leben bewähren und gegen Verletzung reagieren. Was tatsächlich seit langem abgetan ist, ist auch rechtlich zum Untergange reif.

Die Verjährung bezweckt also den Schutz der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit.[2]

Nicht jedes Verhältnis aber ist der rechtlichen Befestigung durch

---

15) l. 27 § 1 D. de min. 4, 4.

16) l. 41 D. de min. 4, 4.

1) Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, 2 Bände, 1. Auflage 1828, 2. Aufl. neu bearbeitet von Schirmer 1858. Dort findet sich Bd. 1 S. 17 Angabe der älteren Literatur. Savigny Bd. 4 §§ 178, 199, Bd. 5 §§ 237 ff. — Bei den Römern bedeutete praescriptio eine Einrede, insbesondere die Einrede der Verjährung, „praescribere" daher auch „verjähren" Fitting, Ztschrft. d. Savignystiftung r. Abt. Bd. 9 S. 934, Bd. 14 S. 259. Seit dem Mittelalter wurde praescriptio der technische Ausdruck für Verjährung.

2) Papinian bezeichnet die Verjährung der Statusklagen als „publica tutela". l. 2 § 1 D. ne de statu defunctorum 40, 15. Ähnlich Cassiodor var. V. 37: tricennalis autem humano generi patrona praescriptio. Die Ersitzung nennt Cicero pro Caecina cap. 26: finis sollicitudinis ac periculi litium.

Zeitablauf fähig oder bedürftig.[3] Und der Konflikt, um den es sich hier handelt, endigt bald rascher und leichter, bald später und schwerer mit dem Siege des bestehenden Zustandes. Daher gibt es kein einheitliches auf alle Verhältnisse gleichmäßig einwirkendes Verjährungsinstitut, wie solches seit dem Mittelalter bis in die neuere Zeit hinein angenommen wurde. Vielmehr bestehen nur einzelne Arten der Verjährung, in welchen sich die Verjährungsidee in sehr verschiedener Weise ausprägt.[4]

2. Die Verjährungsinstitute ordnen sich zwei Hauptklassen unter, nämlich der erwerbenden Verjährung — praescriptio acquisitiva — und der erlöschenden Verjährung — praescriptio exstinctiva.[5]

a) Die erwerbende Verjährung erhebt tatsächlich bestehende Zustände zu Rechten.

Hauptfall ist die Ersitzung des Eigentumes — usucapio — d. h. Erwerb des Eigentumes durch lange Zeit fortgesetzten Besitz, welchen man gutgläubig erlangt hat.[6] Die Ersitzung ist erwerbende Verjährung, weil sie Eigentum erschafft. Allerdings erlischt gleichzeitig das Recht des bisherigen Eigentümers. Aber dies gilt nur als die Kehrseite des Eintrittes eines neuen Eigentümers.

Auch Servituten, Superfizies und Emphyteusis werden durch Ersitzung begründet. Mit dieser Art der Ersitzung geht kein Untergang von Rechten Hand in Hand, vielmehr tritt nur eine Beschränkung des Eigentums an der Sache ein, an welcher das dingliche Recht ersessen wird.

b) Die erlöschende Verjährung tilgt Rechte, welche nicht ausgeübt wurden.

Es endigen namentlich Servituten durch Nichtgebrauch — non usus. Das Eigentum an der bisher dienenden Sache wird hierdurch verbessert; ein neues Recht entsteht nicht.

Von allgemeiner Bedeutung ist die Klagenverjährung d. h. das Erlöschen der Klagerechte durch Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit. Die Lage des Schuldners wird durch diese Verjährung verbessert; er erwirbt aber nur eine Exzeption, also ein negatives Recht auf Abwehr, keine positive Berechtigung, wie der Ersitzende.

---

3) Insbesondere sind die s. g. res merae facultatis der Verjährung nicht fähig. Man versteht hierunter Betätigungen der natürlichen und bürgerlichen Freiheit, z. B. Wohnen an einem Orte, Gewerbebetrieb. Vgl. Unterholzner Bd. 1 S. 88.

4) Dies hat namentlich Savigny Bd. 4 § 178 eindringlich hervorgehoben. Vgl. aber auch Windscheid Bd. 1 § 105 Anm. 6.

5) Die Ausdrücke sind dem römischen Rechte fremd, aber eingebürgert und nicht zu entbehren.

6) l. 3 D. de usurpat. et usucap. 41, 3.

3. Die erwerbende Verjährung begründet einen neuen Erwerbstitel, welcher dem Ersitzenden im Augenblicke der Vollendung der Ersitzung erwächst. Es gibt daneben eine besondere Art von Verjährung, welche nur die Vermutung herstellt, daß das lange Zeit Geübte in ferner Vorzeit rechtlich begründet wurde. Dies ist die unvordenkliche Verjährung.[7] Da die Zahl der Jahre, binnen deren sich die unvordenkliche Verjährung vollzieht, nicht fest bestimmt ist, nennt man diese Verjährung praescriptio indefinita. Die anderen Arten der Verjährung sind an eine gesetzlich bestimmte Zeit geknüpft. Man nennt sie praescriptiones definitae.

4. Von der Verjährung ist zu unterscheiden die Befristung.[8] Die Befristung gibt dem befristeten Rechte von seiner Begründung an eine zeitliche Begrenzung; es wird nur für eine bestimmte Zeitspanne geschaffen. Mit deren Ablauf erlischt es von Rechts wegen. Die Verjährung dagegen tritt Rechten entgegen, die an sich zeitlich nicht beschränkt sind, die in unbestimmte Zeit hinein wirken sollen, denen aber die Verjährungseinrede den Lebensfaden abschneidet.[9]

§ 145. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung.

I. Die umfassendste Verjährung ist die der Klagerechte. Sie wurde in Rom allgemein erst seit der christlichen Kaiserzeit.[1]

1. Nach älterem römischen Rechte waren die dem Zivilrechte entstammenden Klagen unverjährbar — perpetuae.[2] Die Zeit konnte ihnen nichts anhaben. Starre Konservierung einmal begründeter Rechte ohne Rücksicht auf Nützlichkeit ist ein Charakterzug des römischen Rechtes der älteren Zeit.[3]

Kurz verjährbar — temporales — waren dagegen die prätorischen Klagen regelmäßig,[4] die ädilizischen durchaus. Aus

7) Siehe unten § 160.

8) A. Ansicht Hölder, Pand. § 38 A. 1.

9) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880, Schwalbach in Jherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 6. Gesetzliche Fristen sind unter anderem die prozessualischen, insbesondere die Berufungsfristen. Das B.G.B. kennt zahlreiche Befristungen.

1) Zur Geschichte der Klagenverjährung vgl. namentlich Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrecht 1856.

2) Eine Ausnahme machte die lex Furia. Nach ihr wurden Sponsionsbürgen und fidepromissores mit Ablauf von 2 Jahren von ihrer Bürgschaftsschuld befreit. Gaj. Inst. III § 121. Dies Gesetz beruhte auf besonderen politischen und sozialen Erwägungen. Vgl. übrigens l. 4 D. de div. temp. praescr. 44, 3 und l. 25 D. de stip. serv. 45, 3.

3) An die Seite zu stellen ist das Vindikationsrecht des Eigentümers auch gegenüber gutgläubigen Erwerbern vom Nichteigentümer.

4) pr. J. de perpetuis 4, 12 ... eas vero, quae ex propria praetoris juris-

Gründen der Utilität eingeführt, waren bei ihnen Erwägungen des Nutzens maßgebend. Namentlich waren die prätorischen Strafklagen kurz verjährbar; denn die Strafe muß der Tat auf dem Fuße folgen, wenn sie dem Rechtsgefühl entsprechen soll, es sei denn, daß es sich um besonders schwere Vergehen handelt, die nicht leicht vergessen werden.[5][6]

Die klassische Kaiserzeit unterwarf auch einige zivilrechtlichen Klagen der Verjährung. Einer Verjährung ähnlich war es, daß nach Ablauf von 5 Jahren von dem Tode von Personen an, die als Freie verstarben, Klagen, welche auf dem Leugnen dieser Freiheit beruhten, unzulässig wurden;[7] ferner verjährte die querella inofficiosi testamenti in 5 Jahren,[8] und Klagen aus besonderen fiskalischen Rechten erloschen nach 20 Jahren.[9]

2. Im Jahre 424 führten die Kaiser Honorius und Theodosius II. die allgemeine Klagenverjährung ein.[10] Rechte, welche eine Generation

dictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Diese letztere Bemerkung besagt nur, „diese Klagen sind ephemer, wie sie von einer ephemeren Gewalt ausgehen". Daß die Klagen mit dem Amtsjahre des Prätors verjährten, wird nicht gesagt und wäre unrichtig. Vgl. aber Ubbelohde tempus utile S. 34 ff., gegen ihn Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 103 S. 978.

5) Die prätorische actio furti manifesti auf das Vierfache des Gestohlenen war unverjährbar, da sie an Stelle der zivilen Kapitalstrafe trat, also ohnehin eine erhebliche Milderung enthielt. Gaj. inst. IV § 111. Es hätte auch eine kurze Verjährbarkeit dieser Klage das Rechtsgefühl verletzt, pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12.

6) Die Form der prätorischen Edikte — in anno judicium dabo — legt die Annahme nahe, daß die actiones temporales „befristet", nicht „verjährbar" waren, vgl. oben § 144 Anm. 9. Die Klage wäre hiernach nur für bestimmte Zeit versprochen, nach deren Ablauf schlechthin unzulässig gewesen. Vgl. H. Fick, quid intersit quoad vim temporis in jus exercitam inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones, Marburg 1847, Demelius a. a. O. und Brinz Bd. 1 § 112. Es mag dies der ursprüngliche Gedanke des Ediktes gewesen sein. Nach Lenel, edictum perpetuum S. 226, war die exceptio annalis „ständiger" Formelzusatz. Die Ausbildung durch Jurisprudenz und Praxis geschah jedoch in der Weise einer Klagenverjährung. Man gab dem Beklagten die „exceptio temporis", eine „praescriptio", l. 30 § 5 D. de peculio 15, 1, l. 1 § 10 D. quando de peculio 15, 2, l. 48 § 2 D. de aedilicio edicto 21, 1. Hierin spricht sich aus, daß es sich um ein Gegenrecht des Beklagten, nicht um eine Beschränkung des Klagerechtes an sich handelte. Folgerecht ist anzunehmen, daß der Beklagte auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichten konnte. Die Frage ist übrigens bloß von historischem Interesse. Darüber besteht kein Streit, daß im justinianischen Rechte die actiones temporales nicht weniger als die perpetuae einer wahren Verjährung unterliegen.

7) l. 3 D. ne de statu defunctorum 40, 15, l. 2 § 2 D. eod.

8) l. 8 § 17, l. 9 D. de inofficioso testamento 5, 2.

9) l. 13 pr. D. de diversis temp. praescr. 44, 3.

10) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39, vgl. l. un. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14. Die Entwicklung der Klagenverjährung aus einer älteren praescriptio XXX annorum, welche man den Besitzern fremder Objekte gewährte und die in der Mitte zwischen Ersitzung und Klagenverjährung stand, schildert Demelius a. a. O. S. 82 ff.

hindurch nicht geltend gemacht waren, sollten die Ruhe der Gegenwart nicht stören,[11] dem nachlässigen Gläubiger sollte kein Schutz zu teil werden.[12] Hiernach verjähren die actiones perpetuae in 30 Jahren; die kürzeren Verjährungen blieben unberührt.

Nur Vermögensklagen unterstanden dieser Verjährung.[13 14 15]

Vereinbarungen, welche die Klagenverjährung bei einem Rechtsverhältnis im voraus ausschließen, sind nichtig;[16] Verzicht auf eine bereits erworbene Einrede der Klagenverjährung ist dagegen zulässig.[17]

II. Die römische Verjährung der actio nannte die gemeine Lehre Klagenverjährung. Windscheid wollte Verjährung der Ansprüche an die Stelle setzen. Dies sollte nicht bloß Änderung des Namens, sondern auch des Wesens des Instituts sein.[18] Das B.G.B. hat den Namen

11) nov. Valentiniani tit. XXXVI § 3 . . . lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit.

12) l. un. § 5 C. Theod. de actionibus 4, 13, „otioso nimis ac desidi", l. 1, l. 2, l. 3 C. de annali exceptione 7, 40.

13) Klagen auf Anerkennung eines Namens, eines Familienverhältnisses verjähren nicht. Hellmann im Arch. für ziv. Prax. Bd. 84 S. 130. Vgl. B.G.B. § 194 Abs. 2.

14) Der Anspruch auf Teilung einer Gemeinschaft verjährt nicht, solange sich die Teilhaber als Mitberechtigte gegenseitig anerkennen. Hiervon abgesehen verjähren auch die Teilungsklagen, l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40, l. 3 C. fin. reg. 3, 39.

15) Die Ausnahmen des römischen Rechtes galten schon im gemeinen Recht nicht mehr; so l. 3 C. de longi temp. praescr. quae pro libertate 7, 22. l. 5 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 23 pr. C. de agricolis 11, 48. Nicht rezipiert ist auch die Unverjährbarkeit der Steuerforderungen des Fiskus, welche in l. 6 C. h. t. 7, 39 beliebt wird. Windscheid Bd. 1 § 106 Anm. 3 findet freilich für die Beseitigung keinen Anhalt. Da es sich hierbei um Ansprüche des öffentlichen Rechtes handelt, so würde das B.G.B. an ihr nichts ändern. Indessen fehlt jeder Anhalt für die Rezeption. Daß eine so exorbitante Bestimmung in Deutschland irgendwo zur Anwendung gekommen sei, ist nicht zu erweisen. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 182 Anm. 1.

16) Ausdrücklich ist dies in den Quellen nicht gesagt. Es entspricht aber ihrem Sinne, daß keine Vermögensklage der Schlinge der Verjährung entzogen werden kann, vgl. l. 4 C. de praescriptione XXX ann. 7, 39. Die Nichtigkeit der Verträge über Unverjährbarkeit eines Rechtsverhältnisses wird auch seit Savigny Bd. 5 S. 411 allgemein anerkannt. Vgl. Grawein a. a. O. S. 135 ff. Ob jedoch auch der Verzicht auf die Geltendmachung der kürzeren Verjährungen schlechthin unzulässig ist, möchte zweifelhaft sein. Vgl. Wächter, Württemberg. Privatrecht § 119 Anm. 7. Daß die Verjährung im öffentlichen Interesse eingeführt ist, ist unbestreitbar. Aber es folgt daraus nicht, daß das öffentliche Interesse auch besonderen Verträgen über Ausschließung der kurzen Verjährbarkeit entgegensteht. Zu B.G.B. § 225: „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäfte weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist ist zulässig" vgl. bezüglich der Verjährung der Ansprüche wegen Sachmängel § 477 Abs. 1 letzter Satz.

17) Die Gegenansicht von Schwalbach in Iherings Jahrbücher Bd. 19 S. 30 ff. wird aus der angeblichen Beseitigung des Begriffes exceptio im heutigen Rechte deduziert. Sie bedarf einer besonderen Widerlegung nicht. Vgl. oben § 137 Anm. 6.

18) Siehe Windscheid Bd. 1 § 106. Vgl. gegen Windscheid unsere fünf ersten Auflagen. Bürg. R. Bd. 1 § 174.

Anspruchsverjährung übernommen,[19] doch ihrem Wesen nach ist sie hier die gemeinrechtliche Klagenverjährung geblieben.[20]

III. Die Voraussetzungen der gemeinrechtlichen Klagenverjährung, d. h. des Unterganges des Klagerechtes wegen Nichtgeltendmachung innerhalb der gesetzlichen Zeit, sind folgende:

1. Entstehung des Klagerechtes;
2. Ablauf der Zeit;
3. Nichtunterbrechung;
4. Bona fides dessen, dem die Verjährung zu gute kommt, des s. g. Präskribenten.

§ 146. Beginn der Klagenverjährung.

1. Mit dem Entstehen des Klagerechtes auf Erfüllung — der actio nata — beginnt der Lauf der Verjährung.[1] Dies gilt allgemein. Ältere Schriftsteller lehrten freilich: toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris, d. h. die Verjährung beginne bereits, wenn die Befugnis zur Klageerhebung von Tatsachen abhänge, deren Eintritt in dem Willen des Gläubigers beruhe.[2] Allein dieser Satz ist dem römischen Rechte fremd; er ist auch entbehrlich.[3]

Der Beginn der Verjährung persönlicher und dinglicher Klagen bestimmt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten.

a) Persönliche Klagerechte verjähren von der Fälligkeit der Forderung an, welche bei unbedingten und unbetagten Forderungen mit ihrer Begründung, bei betagten mit Eintritt des Termins, bei bedingten mit Erfüllung der Bedingung eintritt.[4]

---

19) B.G.B. § 194 Abs. 1: Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

20) Bürg. R. Bd. 1 § 174.

1) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40 „ex quo ab initio competit et semel nata est". Vgl. B.G.B. § 198: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung."

2) Schon in der Glosse opponere zu l. 7 § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 findet sich eine entsprechende Ansicht.

3) Gegner der Regel ist namentlich G. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 1; Zrodlowski, über Nativität der Klage im Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 S. 14 bekämpft sie gleichfalls, macht ihr aber erhebliche Konzessionen. Windscheid Bd. 1 § 107 Anm. 9 nimmt wiederum an, „wenn die Entstehung eines Anspruches auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist", beginne dessen Verjährung „ehe er entstanden sei".

4) l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Imp. Justinus. Illud autem

Streitig ist der Beginn des Klagerechtes bei *Darlehen*, über deren Rückzahlungszeit nichts vereinbart ist. Bei solchen Geschäften besteht die Erwartung, daß dem Schuldner die Schuldsumme längere oder kürzere Zeit belassen wird. Daher machen viele Schriftsteller die Entstehung des Klagerechtes und den Beginn der Verjährung von einer vorgängigen Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung abhängig.[5] In der Tat aber ist die Darlehnsklage nicht hiervon abhängig. Sie erwächst dem Gläubiger vielmehr mit dem Vertragsschluß.[6] Man wendet ein, der Gläubiger sei durch die Nichtleistung in jenem Augenblick keinesfalls *verletzt*. Aber Verletzung ist nicht erforderlich; es genügt, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung besteht, dem nicht Genüge geleistet ist.[7][8]

Bestritten ist ferner der Beginn der Klagenverjährung bei Forderungen, die „*nach Kündigung*" zahlbar sind. Nicht wenige Schriftsteller sehen Forderungen, z. B. Darlehen, welche auf Kündigung stehen, als durch diese betagt an. Danach würde das Klagerecht erst *mit der Kündigung* erwachsen und die Verjährung erst von der Kündigung ab laufen.[9] Demnach könnte noch nach Jahrhunderten Klage angestellt werden, wenn die Kündigung versäumt oder nicht nachweisbar wäre. In Wirklichkeit soll aber die Hervorhebung der Rückzahlbarkeit nach Kündigung nur betonen, daß das Darlehen nicht auf bestimmte Zeit gegeben wird, daß es vielmehr beliebig zurückgefordert werden kann. Es besteht also kein sachlicher Unterschied zwischen einem Darlehen auf Kündigung und einem ohne Vereinbarung über die Rückzahlungszeit gegebenen Darlehen.[10] Die Verjährung läuft deshalb *vom Abschluß des Dar-*

---

plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.

5) So Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 291 ff.

6) Siehe oben § 127. Vgl. namentlich Bangerow: Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehnsklage? im Archiv für ziv. Praxis Bd. 33 n. 12, l. 94 § 1 D. de solut. 46, 3.

7) Demelius, Untersuchungen n. 2 S. 111 ff.

8) R.G. Bd. 15 S. 178. Auch die Klage aus einem Depositum entspringt vom Augenblicke der Hingabe des Depositums l. 1 § 22 D. depositi 16, 3, Bangerow a. a. O. S. 306 ff. Allein der Depositar *erkennt*, solange er die deponierte Sache im Namen des Deponenten besitzt, dessen Recht auf Rückforderung *an*, deshalb ist inzwischen der Lauf der Verjährung unseres Erachtens gehindert.

9) G. Thon über die Verjährung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 8.

10) l. 48 D. verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum. Si decem „cum petiero" dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et ideo

lehnsgeschäftes an, auch wenn Rückzahlung nach Kündigung vereinbart ist.

Noch zweifelhafter ist der Beginn der Verjährung bei Forderungen, die nach Ablauf einer Kündigungsfrist zahlbar sind. Eine solche Frist soll den Schuldner vor Überraschungen sichern. Sie soll ihm ermöglichen, die Zahlungsmittel bequem herbeizuschaffen. Es handelt sich also im Grunde um eine Modalität des Zahlungsgeschäftes. Die Darlehnsschuld selbst ist damit nicht betagt; sie ist jederzeit einklagbar, nur muß dem Schuldner die bedungene Fazilität der Zahlung vorbehalten werden. Hiernach verjähren auch Darlehen unter Kündigungsfrist von dem Momente des Kontraktschlusses an.[11]

b) Dingliche Klagerechte verjähren von dem Augenblick an, in welchem sich ein Dritter mit dem Rechte des dinglich Berechtigten in tatsächlichen Widerstreit setzte.[12]

2. Sehr bestritten ist, ob die Verjährung auch gegen Klagen läuft, denen Einreden entgegenstehen. Für die Verneinung scheint zu sprechen, daß der Gläubiger in diesem Fall nicht mit Erfolg klagen kann, daß also von einer Nachlässigkeit desselben nicht die Rede ist, wenn er die Klage unterläßt. Dennoch ist dies nicht durchschlagend.[13]

a) Insbesondere kann man sich auf Verjährung auch berufen, wenn

---

licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio. Vangerow a. a. O. S. 312. So der Sache nach auch B.G.B. § 199 Satz 1.

11) Die Meinungen über diese Frage sind außerordentlich geteilt. Sehr viele Schriftsteller lassen die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Frist abgelaufen ist, weil vorher die Anstellung der Klage rechtlich unmöglich sei. So u. a. Thon a. a. O. S. 3 ff., Savigny S. 295 ff. und auch Vangerow a. a. O. S. 312. Jedoch bemerken Unger Bd. 2 S. 410 Anm. 6, sowie O.L.G. Oldenburg Seuff. A. Bd. 46 n. 14, Regelsberger Bd. 1 S. 183 Anm. 4, welche diese Ansicht vom theoretischen Standpunkte aus teilen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch stehe. Nach anderer Auffassung läuft die Verjährung von der Hingabe des Darlehns an unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. So u. a. Windscheid § 107 Anm. 9, Hölder, Pand. § 63, O.L.G. Hamburg in Seuff. A. Bd. 47 n. 92. Diese Auffassung nähert sich der hier vertretenen im praktischen Erfolg. Sie beruht aber auf anderen theoretischen Gesichtspunkten. B.G.B. § 199 S. 2 besagt: Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben.

12) Solange jemand, z. B. der Mieter, im Namen des Eigentümers besitzt, kann die Verjährung nicht anfangen, weil er das Recht des Eigentümers anerkennt. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 285.

13) Savigny Bd. 5 S. 290 leugnet jeden Einfluß der Einreden auf den Lauf der Verjährung; Windscheid Bd. 1 § 109 Anm. 3 betrachtet es dagegen als Regel, daß die Verjährung nicht laufe, solange dem Anspruch eine Einrede entgegenstehe. Grundsätzlich steht auf der Seite Savignys: Schwalbach in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 49 ff. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 68, Kohler in Grünhuts Ztschrft. Bd. 14 S. 18; Riemann, Verjährbarkeit der Einreden, Breslauer Inauguraldiss. 1890.

dem Klagrecht peremptorische Einreden entgegen stehen. Denn was dem vollgültigen Rechte den Lebensfaden abschneidet, muß dem ungültigen, ja dem bloß vermeinten Recht die Scheinexistenz um so mehr nehmen. Vom praktischen Standpunkt aus wäre es auch absurd, wenn der Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung replizieren wollte, die eingeklagte Forderung sei durch peremptorische Einrede, z. B. Betrug, Zwang, entkräftbar, oder auch, sie sei durch Zahlung getilgt und unterstehe deshalb der Verjährung nicht.[14]

b) Dilatorische Einreden sind verschiedener Art. Einige, wie z. B. Stundungsverträge, vertagen die Forderung, welcher sie entgegenstehen. Sie nehmen demnach der Forderung ihre Fälligkeit und damit eine Voraussetzung für den Lauf der Klagenverjährung. Diese beginnt also erst von dem Zeitpunkte an, in welchem jene Einreden nicht mehr eingreifen.[15] Andere dilatorische Einreden dagegen nehmen der Forderung an sich die Fälligkeit nicht, sie machen nur Gegenrechte geltend; dahin gehören Retentionseinreden, Einreden des nichterfüllten Vertrags, Rechtswohltaten des Bürgen. Solche Einreden hindern den Lauf der Verjährung nicht; es muß daher der Gläubiger, um sein Recht zu retten, suchen, sie während der Verjährungszeit zu beseitigen.[16]

§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung.

1. Die gewöhnliche römische Verjährungszeit war 30 Jahre,[1] was in das B.G.B. § 190 übergegangen ist. Sie verlängerte sich in einigen Fällen; daneben gab es zahlreiche kürzere Verjährungen.

a) 40 Jahre erforderten Verjährungen, die sonst in 10, 20 oder 30 Jahren ablaufen, gegenüber Kirchen und milden Stiftungen nach der justinianischen Gesetzgebung,[2] gegenüber dem Fiskus nach über-

14) Die Einrede der Klagenverjährung hat auch unter anderem gerade den Zweck, die Vorschützung und den Beweis anderer Einreden überflüssig zu machen, nov. Valentiniani tit. XXVI pr.: quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula defendunt.

15) Es wird dies für die Stundung durch Gläubigermehrheit verordnet. l. 8 § 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71. Darin liegt aber keine Singularität, sondern Anwendung eines allgemeinen Gedankens; siehe auch die oben Anm. 4 abgedruckte l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Vgl. Bangerow Bd. 1 § 147 Anm. 1 n. 3.

16) Der Sache nach übereinstimmend B.G.B. § 202.

1) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

2) Nach der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 vom Jahre 530 sollten Klagen der Kirchen und milden Stiftungen erst in 100 Jahren verjähren; die nov. 9 vom Jahre 535 übertrug dieses Recht der orientalischen Kirchen auf die Kirchen der neugewonnenen Länder des Occidents, die ecclesia romana. Die nov. 111 vom Jahre 541 beschränkte das Vorrecht der Kirchen wieder allgemein auf die Zeit von

wiegender gemeinrechtlicher Praxis.[3] Auch die actio hypothecaria verjährte in gewissen Fällen erst in 40 Jahren.[4] Das B.G.B. kennt keine Verjährung über 30 Jahre.

b) Der kürzeren Verjährung unterstanden in Rom zahlreiche prätorische Klagen. Nicht minder waren die ädilizischen Klagen wegen verborgener Mängel der Kaufsache kurz verjährbar und zwar die Klage auf Preisminderung — a. quanti minoris — in einem Jahr, die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufes — a. redhibitoria — in 6 Monaten. Die kurze Verjährung der Klagen wegen Mängel der Kaufsache hat sich in das neuere Recht, insbesondere auch in das B.G.B. vererbt.

Außerdem hat die moderne Gesetzgebung kurze Verjährungsfristen in großem Umfang anerkannt. Vor allem ist wichtig die kurze Verjährung der laufenden Schulden, welche das Leben fortwährend neu hervorruft und deren regelmäßige Beitreibung von einer guten Wirtschaft gefordert werden muß. Hierher gehören Schulden der Konsumenten an Kaufleute und Handwerker für Waren und für Dienste, Kapital- und Mietzinsen, direkte Steuern.[5]

2. Wer infolge Erbganges oder durch Singularsuccession von einem Präskribenten Besitz erhält, kann sich die Verjährungszeit seines Autors gegenüber dinglichen Klagen, insbesondere gegenüber der Eigentumsklage anrechnen.[6] Eine Anrechnung ist aber unstatthaft, wenn der Besitz des Beklagten dem des Vorbesitzers nur zeitlich folgte, ohne daß ein Zusammenhang mittels Erbfolge oder infolge Willens des Vorbesitzers bestand.[7]

---

40 Jahren; die nov. 131 cap. 6 deklarierte, daß den Kirchen 40 Jahre nur bei den Verjährungen zu gute kämen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre liefen. In der justinianischen Gesetzgebung hatte also die ecclesia romana kein Vorzugsrecht vor anderen Kirchen. Päpstliche Dekretalen nahmen Veranlassung, die ecclesia romana, d. h. nun die Kirche des Papstes, mit dem Privilegium 100jähriger Verjährung auszustatten, cap. 13, 14. 17 X de praescr. 2, 26. Die Rezeption des kanonischen Rechtes schließt aber die Rezeption derartiger päpstlicher Privilegien nicht in sich. Eine Anwendung ist unerhört.

3) Heffter in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechtes Bd. 6 n. 1, vgl. auch Heimbach im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 n. 2. Eher gegnerisch Regelsberger Bd. 1 § 135 Anm. 1. Die Ansprüche des Fiskus aus besonderen fiskalischen Rechten verjähren in 20 Jahren, vgl. oben § 145 Anm. 9. Über die Berechnung im Falle der Abtretung einer Forderung des Fiskus an einen Privaten während des Laufs der Verjährung siehe R.G. Bd. 25 S. 189.

4) l. 7 § 2ª. § 2ᵇ, § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

5) B.G.B. §§ 196 ff. Bürg. R. Bd. 1 § 177.

6) Gegen die Zusammenrechnung ließe sich vom abstrakt juristischen Standpunkte aus einwenden, daß die successiven dinglichen Klagen voneinander unabhängige, aus dem Besitz des jeweiligen Besitzers selbständig entspringende und mit ihm beginnende seien. Dennoch führten Zweckmäßigkeit und Billigkeit zur Anrechnung. l. 7 § 2ᵇ C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Dernburg — der ältere — im Archiv für ziv. Praxis Bd. 34 n. 12, vgl. auch Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 4 S. 199. Auch B.G.B. § 221 gestattet Anrechnung.

3. In der Regel wird die Verjährung fortlaufend — continuo — berechnet. In einigen Fällen kürzerer Verjährung, insbesondere bei den ädilizischen Klagen, geschah nach römischem Recht die Berechnung utiliter.[8]

4. Gewisse Hemmnisse bewirken jedoch ein Ruhen auch der fortlaufend zu berechnenden Verjährung.

a) Insbesondere wurde sie nach römischem Recht gehemmt durch die Unmündigkeit des Klageberechtigten, mag er bevormundet sein oder nicht; ferner durch die Minderjährigkeit desselben bei Verjährungen unter 30 Jahren.[9]

b) Auch feindlicher Einbruch — tempus hostilitatis — hemmt die Verjährung.[10] Nicht minder ruht sie zeitweise in einigen anderen besonderen Fällen, in welchen objektive Hindernisse der Erhebung der Klage entgegenstehen, namentlich im Falle des Stillstandes der Rechtspflege.[11 12]

Hatte die Verjährung begonnen und ist sie eine Zeitlang gehemmt, so läuft sie nach Beseitigung des Hemmnisses weiter. Es wird also die vorher abgelaufene Zeit eingerechnet. Dagegen muß die Verjährung im Falle einer Unterbrechung von neuem beginnen.

§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung.

Unterbrechungsgründe sind Klageerhebung oder gleichstehende Schritte zur Erlangung der Rechtshilfe, sowie Anerkennung.

1. Vor allem geschieht die Unterbrechung durch Klageerhebung. Diese sah das klassische Recht erst in dem zweiseitigen Akte der Litis-

7) Vgl. l. 8 § 1ª C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Ein Haus wird z. B. in Kriegszeiten von seinem flüchtenden Eigentümer A. verlassen, darauf von B. als vermeintlich herrenlos in Besitz genommen und 20 Jahre besessen, endlich nach dessen Tode von einem Dritten C. okkupiert, der es 10 Jahre besitzt. In diesem Fall hat C. die Verjährung gegenüber der Eigentumsklage des A. nicht vollendet, da ihm die Zeit des B. nicht zu gute kommt.

8) Vgl. oben § 90.

9) l. 3 § 1ª C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum restitutio 2, 40. Vgl. B.G.B. § 206.

10) cap. 10 X h. t. 2, 26, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 8.

11) Spezialfälle, in denen die Klagenverjährung ruht, sind l. 1 § 2 C. de annali exceptione 7, 40, l. 30 § 2 C. de jure dotium 5, 12, l. 22 § 11 C. de jure deliberandi 6, 30, vgl. auch § 29 J. de rer. div. 2, 1. Man hat den Satz aufgestellt: agere non valenti non currit praescripto. Derselbe ist aber Mißdeutungen ausgesetzt. Er betrifft nur objektive jedem entgegenstehende Hindernisse, nicht aber bloß subjektive in der Person des Gläubigers liegende.

12) Vgl. B.G.B. § 203.

konteſtation.[1] Nach juſtinianiſchem Recht[2] genügt der einſeitige Akt der *Erhebung der Klage*. So auch nach der C.P.O.[3]

Richtiger Anſicht nach blieb die Verjährung unterbrochen, wenn der Kläger von der Klage[4] abſtand, ſowie dann, wenn er „angebrachtermaßen",[5] oder weil er bei einem unzuſtändigen Gerichte klagte, abgewieſen wurde;[6] doch war dies alles ſehr ſtreitig. Das B.G.B. § 212 Abſ. 1 und 2 trifft vermittelnde Vorſchriften.

Erhebung *einer* Klage unterbricht die Verjährung *aller* auf demſelben tatſächlichen Grund beruhenden, auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen des Klägers gegen den Beklagten.[7]

Klage bei einem Schiedsgerichte ſteht der Klage bei dem ordentlichen Gerichte gleich.[8] Selbſt die gerichtlichen Schritte, welche auf die Bildung des Schiedsgerichts abzielen, genügen.[9]

---

1) l. 8 § 1 D. de fidejussoribus et nominatoribus 27, 7, l. 9 § 3 D. de jurejurando 12, 2.

2) Etiam per solam conventionem l. 7 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 3 § 1 C. eod.

3) C.P.O. § 267. So auch B.G.B. § 209 Abſ. 1.

4) Vgl. Aſchrott bei Gruchot Beiträge Bd. 28 S. 622, ſiehe auch unten Anm. 11. Anders aber Seuff. A. Bd. 48 n. 243.

5) R.G. Bd. 5 S. 122, ſiehe unten § 157 Anm. 5.

6) So auch R.G. Bd. 24 S. 199, O.L.G. Roſtock in der Mecklenburger Ztſchrft. für Rechtspflege Bd. 11 S. 8, Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 1[a]. Die entgegengeſetzte Anſicht war bis in die neueſte Zeit die herrſchende. Sie ſucht ihre Hauptſtütze in der l. 7 C. ne de statu defunctorum 7, 21. Diocletianus et Maximianus. Si pater tuus veluti ingenuus vixit nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud praesidem provinciae, qui super hujusmodi quaestionibus judicare solet, sed apud curatorem reipublicae non competentem judicem passus est, postque mortem ejus quinquennium fluxit, status tuus ex praescriptione, quae ex senatus consulto emanat, protectus est. Wer tatſächlich und unangefochten zur Zeit ſeines Todes im Beſitz ſeiner Freiheit war, deſſen Status ſollte, wenn er nicht innerhalb der Zeit von 5 Jahren vom Tode ab gerichtlich in Frage geſtellt war, jeder weiteren Anfechtung enthoben ſein, ſo daß deſſen Nachkommen und Erben geſchützt waren. Dieſer Satz war begreiflich ein eminent populärer, ein Schutz vor allem für die niederen Volksklaſſen. Es iſt daher wohl begreiflich, daß ihn Diokletian nur ausſchließt, wenn der Status des Verſtorbenen durch eine richtige, bei dem zuſtändigen Gericht angebrachte Klage zu deſſen Lebzeiten bekämpft war, aber nicht, wenn bei unzuſtändigen Behörden Klage gegen ihn angebracht war. Es iſt unzuläſſig, hieraus ein allgemeines Prinzip für die Klagenverjährungen herzuleiten. Denn es handelt ſich hier nicht um eine Klagenverjährung, ſondern um eine an einen Zeitablauf geknüpfte unwiderlegliche Rechtsvermutung. Es beſtanden ferner beſondere Gründe dafür, den Eintritt dieſer Vermutung zu begünſtigen, welche bei einer Klagenverjährung nicht eingreifen. Vgl. Hellmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 66 n. 7.

7) l. 3 C. de annali exceptione 7, 40. Die früheren Auflagen hoben nicht hervor, daß die Klagen auf demſelben tatſächlichen Grund beruhen müßten. Daher Kipp zu Windſcheid Bd. 1 § 108 Anm. 4 den früher von mir aufgeſtellten Satz nicht ohne Grund zu weit findet. Siehe auch Bürg. R. Bd. 1 §§ 180 ff. Vgl. R.G. Jur. Wochenſchr. 1902 S. 276. Die perſönliche Klage unterbricht die Verjährung der Pfandklage und umgekehrt, desgleichen richtiger Anſicht nach eine — vergebliche — Klage aus dem Beſitz die der Eigentumsklage. Auch die Erhebung einer Feſtſtellungsklage unterbricht die Verjährung der hierauf gegründeten Klage auf

Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse des Schuldners ist zwar keine Klage; aber sie ist der notwendige Weg zur Geltendmachung im Falle des Konkurses des Schuldners. Deshalb unterbricht sie die Klagenverjährung.[10]

Auch Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren unterbricht die Verjährung der Klage.[11]

Streitverkündung — Litisdenunziation — wurde nach gemeinem Rechte als Unterbrechungsgrund nicht angesehen.[12]

Keinenfalls unterbricht Vorschützung einer Einrede die Verjährung derjenigen Klage, welche mit ihr das gleiche Fundament hat; denn sie enthält weder einen gerichtlichen Angriff noch die Vorbereitung eines solchen.[13][14]

2. Eine Unterbrechung bewirkt auch die schriftliche oder in konkludenten Tatsachen liegende Anerkennung[15] des Ver-

---

Verurteilung zu einer Leistung. Dagegen unterbricht der Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes für die anzustellende Klage deren Verjährung nicht. Dies ist ein vorbereitender Schritt, keine vorbereitende Klage, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 1111.

8) l. 5 § 3 C. de receptis 2, 55.

9) C.P.O. § 1029. Weiter noch geht B.G.B. § 220.

10) Vgl. B.G.B. § 209 Ziff. 2. Die Unterbrechung wird nach inneren Gründen durch Zurücknahme der Anmeldung nicht zunichte. Anders R.G. Bd. 33 S. 394 und B.G.B. § 214.

11) Sie bildet eine conventio, d. h. gerichtliche Verfolgung des Rechtes. Nicht wenige Schriftsteller suchen die Unterbrechung der Klagenverjährung durch den Zahlungsbefehl dadurch zu begründen, daß der Zahlungsbefehl die Sache rechtshängig mache, da sie die Unterbrechung der Klagenverjährung als Folge der Rechtshängigkeit ansehen. Diese Schriftsteller kommen aber zu dem unerfreulichen Ergebnis, daß die Unterbrechung als nicht geschehen anzusehen ist, wenn sich die Rechtshängigkeit hinterher erledigt, weil das Verfahren nicht in Gemäßheit der §§ 697 und 701 der C.P.O. verfolgt wird. Ihre Deduktion beruht unseres Erachtens auf Fehlschlüssen. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ist nicht Folge der Rechtshängigkeit, sollte daher bestehen bleiben, wenn diese nachträglich zusammenfällt. Vgl. Aschrott in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 618, R.G. Bd. 17 S. 282, Bd. 24 S. 199, bezüglich der Wechselsachen Bolze im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 68 n. 1. B.G.B. § 213 schließt sich der hier bekämpften Ansicht an.

12) R.G. Bd. 10 S. 290, Bd. 24 S. 210. Nach B.G.B. § 209 Ziff. 4 unterbricht die Streitverkündung. Doch muß der Berechtigte binnen 6 Monaten nach Beendigung des Prozesses klagen, B.G.B. § 215.

13) Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 5 sieht die Unterbrechung auch im Vorbringen einer Kompensationseinrede. Ebenso B.G.B. § 209 Ziff. 3 unter der in Anm. 12 angegebenen Voraussetzung.

14) Im Fall tatsächlicher Unmöglichkeit der Klageerhebung genügte nach justinianischem Rechte zur Unterbrechung Protestation bei Gericht, eventuell bei der Ortsobrigkeit, äußerstenfalls durch öffentliche Anschläge am Wohnorte des Gegners vgl. l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. Das B.G.B. kennt das nicht; einen Ersatz gewährt die öffentliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach C.P.O. §§ 203 und 204.

15) Nicht jede Anerkennung genügt, l. 7 § 5ª C. de praescr. 7, 39, l. 4 pr. C.

pflichteten gegenüber dem Gläubiger.[16] Es gehört hierher namentlich Ausstellung eines Schuldscheines, Zahlung von Zinsen, Zahlung eines Teiles der Schuld als Abschlagszahlung, Bestellung einer Sicherheit.[17]

3. Der Lauf der Klagenverjährung beginnt aufs neue, sowie die Unterbrechungstatsache der Vergangenheit anheimfällt, also namentlich im Falle der Klageerhebung, sowie die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist, im Falle der Zahlung von Zinsen von diesem Augenblicke an.[18] Die dem bezüglichen Klagerecht etwa eigentümliche kürzere Verjährungszeit tritt auch nach der Unterbrechung wieder ein. Dreißigjährige Verjährung ist dagegen erforderlich, wenn die Schuld durch Judikat festgestellt oder wenn sie in eine Darlehnsschuld umgewandelt wurde.[19]

Solange die Klage rechtshängig ist, welche die Verjährung unterbrach, kann eine Klagenverjährung nicht wieder beginnen. Es tritt aber eine eigenartige Verjährung der Litispendenz ein.[20] Dieselbe läuft von dem jeweiligen letzten prozessualischen Akte, vollendet sich in 40 Jahren und macht dem Prozeß und dem Klagerechte ein Ende.

§ 149. Bona fides.[1]

1. Kenntnis des Verpflichteten von seiner Verpflichtung hindert nach römischem Rechte nicht Beginn und Vollendung einer Verjährung zu seinen Gunsten.

---

de duobus reis 8, 39: . . . debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus. Die Anerkennung muß sich manifestieren durch Schrift oder einen realen Vorgang. Einfache mündliche Anerkennung reicht nicht aus. Demelius a. a. O. S. 63, Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 108. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 8 führt aus, Theorie und Praxis in Deutschland habe von jeher dem „mündlichen Zahlungsversprechen" unterbrechende Wirkung beigelegt, das bilde eine bindende Übung. Auch B.G.B. § 208 begnügt sich mit jedweder Anerkennung.

16) R.G. Bd. 15 S. 178.

17) Ist der Gläubiger fehlerfrei im Besitz von Pfändern, so hindert dies zweifelsohne die Verjährung der versicherten Forderung, soweit sie aus den Pfändern befriedigt werden soll. Übergabe eines Pfandes während der Verjährungszeit durch den Schuldner ist Anerkennung der Forderung und unterbricht als solche deren Verjährung schlechthin. Mehr ist aus l. 7 § 5 C. h. t. 7, 39 nicht zu folgern. Anders Löwenstein I im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 73 S. 266.

18) l. 8 § 4 C. h. t. 7, 39. Savigny S. 306 ff., neuerdings auch Regelsberger Bd. 1 § 183 Anm. 5, behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermine ausschließt. Dagegen mit Recht Windscheid § 108 Anm. 2 und die meisten Schriftsteller.

19) Vgl. auch B.G.B. § 218.

20) l. 9 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, Linde in seiner Zeitschrift Bd. 2 S. 153. Vgl. B.G.B. § 211.

1) Hildenbrand im Archiv für ziv. Praxis Bd. 36 n. 2; O. Reich, Entwickelung der kanonischen Verjährungslehre 1880; Ruffini la buona fide in materia di prescrizione Torino 1892.

2. Nach kanonischem Rechte[2] schließt dagegen mala fides dessen, der eine fremde Sache besitzt, die Verjährung dinglicher und persönlicher Klagen auf deren Herausgabe aus. Die Klagenverjährung läuft also nicht, wenn der Präskribent weiß, daß er die fremde Sache widerrechtlich besitzt; sie wird unterbrochen, wenn er dessen nachträglich gewiß wird.

Schuldklagen auf Leistungen anderer Art verjähren, auch wenn der Verpflichtete seine Verpflichtung während der Verjährungszeit kannte.[3]

3. Das B.G.B. kennt das Erfordernis des guten Glaubens nicht.

§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung.[1]

1. Die Verjährung der dinglichen Klage hat den Untergang des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes an und für sich nicht zur Folge. Insbesondere erlischt das Eigentumsrecht nur dann, wenn der Präskribent seinerseits durch Ersitzung Eigentümer wird.[2] Allerdings ist es nach Verjährung der Eigentumsklage kraftlos, so lange der Präskribent im Besitze ist; aber es besteht noch und wird wieder wirksam, wenn etwa der Präskribent aus dem Besitze kommt.

2. Hinsichtlich der Verjährung der persönlichen Klagen stehen

---

2) cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26. Innocentius III in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, vgl. cap. 3, cap. 5 X eod.

3) Es gibt 3 Hauptansichten: a) nach der einen bezieht sich die Entscheidung von Innocenz III. nur auf Realklagen, nicht auf persönliche Klagen. Sie vertrat bereits Bartolus zu l. 4 § 27 D. de usurp. et usuc. 41, 3; b) nach einer anderen wird bona fides bei allen Klagen, dinglichen und persönlichen, gefordert, welche die Herausgabe einer fremden Sache bezwecken. Sie entwickelte Henricus de Cocceji de finibus bonae fidei in praescriptionibus 1684 in exercit. I p. 1476; c) eine dritte Ansicht verlangt bei jeder Klagenverjährung ohne Unterschied bona fides. Die dritte Ansicht stützt sich auf die ratio, welche das Gesetz angibt, die zweite auf die schließliche Bestimmung des Gesetzes. Da es sich um ein korrektorisches Gesetz handelt, so gibt man mit Grund in neuerer Zeit der zweiten Ansicht den Vorzug. Dieselbe ist jedenfalls dem Wesen der Klagenverjährung angemessen und zweckmäßig. Anders Reich a. a. O., Ruffini a. a. O. S. 124, 154.

1) Daß und warum die Verjährung nur eine Exzeption erzeugt, das Klagerecht aber nicht von selbst tilgt, darüber vgl. oben § 137 Ziff. 2 b.

2) Dies war von Bedeutung im justinianischen Rechte. Denn hier war auch der malae fidei possessor nach 30 Jahren durch die Verjährungseinrede geschützt, während er Eigentum wegen des Fehlens der bona fides nicht ersaß. Nach kanonischem Rechte dagegen läuft die Klagenverjährung gegen die Eigentumsklage nur dem gutgläubigen Besitzer; dieser ersitzt aber mit deren Ablauf in der Regel die Sache, vgl. unten § 222.

sich die Verteidiger einer *stärkeren* und die einer *schwächeren Wirkung* gegenüber.

Die ersteren betrachten den Untergang der Forderung selbst oder, wie man neuerdings sagt, des Anspruches als Folge der Verjährung. Derselbe gilt als abgetan und kann keinerlei Wirkung mehr üben.[3] Diese Ansicht verwirklicht die Zwecke der Verjährung am durchgreifendsten, empfiehlt sich durch ihre Schneidigkeit und hat daher besondere Anziehungskraft für die Praxis. Dennoch läßt sie sich nicht festhalten.[4] An diesem Punkte tritt der Konflikt zu Tage, welcher in der Verjährung waltet. Um des allgemeinen Nutzens und des sozialen Friedens willen tritt das Recht der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungszeit abgelaufen ist. Aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt. Daher bleibt dessen Forderung bestehen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen. Bezahlt der Schuldner freiwillig, so ist dies nimmermehr Schenkung; er leistet Zahlung einer Schuld. Hierin offenbart sich das Bestehen einer natürlichen Verbindlichkeit — obligatio naturalis.[5] Erkennt er die Verpflichtung freiwillig in Kenntnis der vollendeten Verjährung als verpflichtend an, so wird die Schuld sogar wieder klagbar.[6] So erklärt es sich leicht, daß nach den Quellen Pfandansprüche auch nach Verjährung der persönlichen Forderung fortbestehen können, obwohl das Pfandrecht nur Accession der Forderung ist. Diese ist eben nicht durchaus beseitigt.[7]

---

3) Büchel, zivilrechtliche Erörterungen I 1; Bekker, Jahrbuch Bd. 4 n. 14; Vangerow I § 151; Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 3 sind Verteidiger der stärkeren Wirkung. R.G. Bd. 2 S. 158, Bd. 34, S. 158 schließen sich Windscheid an.

4) Für die schwächere Wirkung erklärten sich namentlich Francke, zivil. Abh. n. 2, Savigny Bd. 5 S. 366 ff., Puchta, Pand. § 92, Hölder, Pand. § 63, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 379.

5) Dies gibt Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 5[a] zu. Wird Zahlbarkeit verjährter Forderungen anerkannt, so versteht es sich von selbst, daß sie auch mittels Kompensationsvertrages zur Aufrechnung selbst gegen später entstandene Forderungen gebracht werden können, daß Bürgen und Pfänder, die für verjährte Schulden gegeben werden, verhaftet werden. Eine schwierigere Frage ist, ob eine condictio indebiti darauf gestützt werden kann, *daß man eine „bereits verjährte" Schuld zahlte, ohne die Verjährungseinrede zu kennen.* Man muß sich hiergegen entscheiden. Denn es ist Regel, daß Rückforderung des auf eine natürliche Schuld Gezahlten unzulässig ist. Auch läßt sich nicht behaupten, daß die Ausschließung der condictio indebiti im Falle der Zahlung einer verjährten Forderung der praktischen Durchführung der Verjährungsidee widerspräche. So auch Regelsberger Bd. 1 § 186 Ziff. 2, und B.G.B. § 222.

6) Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 4.

7) l. 7 § 2[a] C. de praescr. XXX ann. 7, 49. Auch B.G.B. § 223 läßt Pfandrechte weiter bestehen.

3. Eine andere Streitfrage ist nahe verwandt: Kann noch zur Einrede dienen, was infolge der Klagenverjährung nicht mehr einklagbar ist?

Die Regel ist, daß Einreden nicht verjähren.[8][9] Zuweilen knüpft indessen das Gesetz die Erhaltung von Einreden daran, daß sie innerhalb gewisser Frist bei Gericht angemeldet werden,[10] und das moderne Recht neigt dazu, bei Mängeln einer Kaufsache mit der Klage auch die Einrede verjähren zu lassen.[11]

Eine besondere Stellung hat die Kompensationseinrede. Sie bezweckt zwangsweise Befriedigung einer Gegenforderung durch Aufrechnung. Man kann daher mit einer Gegenforderung nicht kompensieren, welche bereits verjährt war, als die Forderung, auf welche gerechnet werden soll, entstand. Dies verstieße gegen den Zweck des Verjährungsinstitutes.[12]

4. Mit der Verjährung des Klagerechtes auf das Kapital erlischt zugleich das Klagerecht auf dessen rückständige Zinsen und Früchte.[13][14]

---

8) Dies spricht ausdrücklich aus Paulus libro 71 ad edictum, l. 5 § 6 D. de exc. doli mali 44, 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur. Daher der Spruch quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Vgl. Savigny Bd. 5 § 253 ff.

9) Windscheid Bd. 1 § 112 nimmt an, die Verjährung des dinglichen Anspruches berühre zwar die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede nicht; die Verjährung des persönlichen Anspruches aber hebe die auf der Obligation beruhenden Einreden auf. Habe jedoch die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so werde sie von der Verjährung der Obligation nicht betroffen. Eine selbständige Existenz habe nun neben dem Anspruch aus dem Vertrage auf Schadensersatz — auch auf Reszission? — die exceptio doli; der selbständigen Existenz entbehre dagegen die Einrede dessen, der eine fehlerhafte Sache gekauft habe; sie sei nur darauf begründet, daß er die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen könne. Das Schwierige in der Sache bilde nur die Durchführung der so gemachten Unterscheidung. — Worin jedoch das Kriterium der selbständigen Existenz der Einrede liegt, bleibt nach dieser Darstellung dunkel. Dennoch hat R.G. Bd. 2 S. 159 die Ansicht von Windscheid adoptiert. Die selbständige Existenz sei, führt die Entscheidung aus, für einzelne Einreden, so namentlich für die exceptio doli, „aus besonderen" Bestimmungen „der Gesetze" zu bejahen, aber weder im allgemeinen, noch in betreff der ädilizischen Einreden, um die es sich im Falle handelte, als richtig anzuerkennen. Diese Begründung ist bedenklich. Daß „die Gesetze", d. h. der Jurist Paulus in der oben Anm. 8 abgedruckten Stelle, keineswegs besondere Bestimmungen für die exceptio doli geben wollten, daß vielmehr Paulus seine Entscheidung auf einen allgemeinen Gesichtspunkt gründet, ist offensichtlich. Vgl. übrigens Wildhagen, Verjährung der Einreden in Iherings Jahrbüchern Bd. 21 n. 1, Thon, die rechtsverfolgende Einrede ebenda Bd. 28 S. 72, Salman, quae ad agendum. Berl. Inaug.-Diss. 1891.

10) Vgl. deutsche Gewerbeordnung § 112 Abs. 2.

11) So schon das bisherige H.G.B. Art. 349, vgl. auch Art. 386, 408. Vgl. ferner B.G.B. §§ 478, 479.

12) So auch Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 8, vgl. B.G.B. § 390 Satz 2.

Sechstes Kapitel.

Die Streitsache und ihre Verhandlung.

I. Methode der Individualisierung.

§ 151. Römische Individualisierung der Streitsache.

1. Der Prozeß muß sich um eine bestimmte Streitsache drehen. Dieselbe ist zu individualisieren und dadurch von anderen Ansprüchen abzugrenzen.

Denn nur eine bestimmte Abgrenzung der Streitsache sichert dem Verfahren Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit. Könnten dagegen die Parteien nach Eröffnung der Verhandlung beliebig Ansprüche zur Erörterung bringen, bestünde also ein Kampfplatz ohne Schranke, so wäre ein stetiges Fortschreiten des Verfahrens unmöglich.

Die genaue Feststellung der Streitsache ist ferner unumgänglich zur Entscheidung darüber, was rechtshängig ist und deshalb nicht in einem anderen Prozesse zur Erörterung gebracht werden darf. Auch die Beantwortung der Frage, worüber in einem früheren Prozesse geurteilt, was also in Rechtskraft übergegangen ist, hängt von der Abgrenzung des Streites ab.

Die Individualisierung der Streitsache ist hiernach sehr wichtig. Sie ist aber auch schwierig. Denn es handelt sich um die Scheidung von bloß gedachten Größen im Gedanken. An diesem Problem müht sich die Jurisprudenz seit Jahrtausenden. Das Kriterium ist in den verschiedenen Prozeßsystemen verschieden.

2. Den Römern dienten zur Individualisierung und Abgrenzung der Streitsachen vorzugsweise die actiones, deren Muster das prätorische

---

13) An sich würden die einzelnen Zinsraten erst von ihrem Fälligkeitstermin gerechnet in 30 Jahren verjähren. Es würde z. B. eine im Jahre 1863 begründete verzinsliche Kapitalforderung, welche niemals geltend gemacht wurde, hinsichtlich des Kapitals 1893, hinsichtlich der einzelnen Zinsraten successive bis letztlich 1923 verjähren. Dies schneidet Justinian durch l. 26 pr. C. de usuris 4, 32 zweckmäßiger Weise ab. Ebenso B.G.B. § 224.

14) Streitig ist die Verjährung bezüglich einer fortlaufende Verbindlichkeiten erzeugenden Verpflichtung. Es gibt drei Ansichten: a) die eine verneint die Verjährung des Gesamtrechtes und damit der künftig fälligen Prästationen, da sie noch nicht einklagbar waren. Dies ist die römische Auffassung, l. 7 § 7 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Sie ist als die gemeinrechtliche anzusehen; b) die Verjährung des Gesamtrechtes tritt nach einer anderen Ansicht ein unter Voraussetzung einer von seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesamtrechtes; c) das Gesamtrecht verjährt nach einer dritten Ansicht auch abgesehen von solcher allgemeinen Bestreitung. Vgl. Windscheid § 107 Anm. 8.

Album einführte. Denn diese Aktionen wurden in der klassischen Zeit der Formel zu Grunde gelegt, welche dem Richter die zu entscheidende Frage vorzeichnete. Noch zur Zeit Justinians hatte der Kläger dem Beklagten eine der überkommenen actiones zu edieren, über welche dann gestritten wurde.[1]

Die Aktionen enthielten zum größten Teil die Behauptung eines bestimmten dem Kläger zustehenden Rechtes. Über Bestehen oder Nichtbestehen einer typischen Berechtigung wurde hiernach im römischen Prozeß verhandelt und entschieden.[2] Die Eigentumsklage insbesondere rief zur Entscheidung über das Eigentumsrecht an der vindizierten Sache auf; denn die Formel lautete: fundum Sempronianum A^i A^i esse. In dem hierauf gegründeten Prozesse durfte der Kläger jeden Eigentumserwerbsgrund zur Sprache bringen. Er konnte sich anfänglich auf Vermächtnis berufen und nach Befinden hiervon abgehen und sich auf Kauf und Tradition stützen. Aber was auch verhandelt war, es stand nur eine Klage über die Eigentumsfrage offen. Doch wurden ausnahmsweise Eigentumsklagen expressa causa gewährt. Hier war der Rechtsstreit auf die Frage beschränkt, ob der Kläger aus diesem bestimmten Rechtsgrunde Eigentümer sei.[3]

1) l. 1 pr. D. de edendo 2, 13.

2) Vgl. oben § 128.

3) Die Frage, ob in Rom actiones in rem „expressa causa" vorkommen, ist bestritten. Gegen die Zulässigkeit erklärte sich Puchta im rheinischen Museum Bd. 2 S. 251, Hefftter verteidigte sie Bd. 3 S. 222, worauf Puchta ebendaselbst S. 487 erwiderte. Für Eigentumsklagen expressa causa wird namentlich in das Feld geführt Paulus libro 70 ad edictum l. 14 § 2 D. de except. rei judicatae 44, 2. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt. quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Die gewöhnliche Ansicht erklärt „non expressa causa", „sofern die causa nicht ausgedrückt ist", Puchta aber versteht „da die causa in der Formel der Vindikation nicht ausgedrückt wird". Er sieht hierin den Grund der Entscheidung, nicht einen Vorbehalt. Aber die gewöhnliche Ansicht unterstützt doch sehr Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 2 D. eod. Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adjecta, non debet summoveri exceptione. Denn nach dem Zusammenhange ist die causa adjecta, welche den neuen Prozeß zulässig macht, gerade die Tradition, die der Kläger laut des Anfangs der Stelle seiner früheren Klage ausschließlich zu Grunde legte. Puchta versteht unter causa adjecta einen erst nach dem ersten Prozeß vollzogenen Erwerb. Ulpian würde sich sehr undeutlich ausdrücken, wenn er dies hier unter causa adjecta gemeint hätte. Puchtas Erklärung steht ferner entgegen, daß Ulpian die Frage der causa superveniens später im § 4 besonders behandelt, wobei er erklärt, zu etwas Neuem überzugehen. — Daß actiones in rem vorkamen, bei welchen nicht alle causae zur Verhandlung gebracht wurden, ergibt auch l. 7 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Es kam vor, daß der Kläger, der mit seiner Vindikation abgewiesen war, restituiert wurde, weil er einen bestimmten Erwerbsgrund nicht gekannt hatte und um deswillen nicht geltend gemacht hatte. Hier versteht es sich von selbst,

Die Notwendigkeit, die Streitsache unter eine der typisch festgestellten Aktionen zu bringen, war von großer Bedeutung. Sie zwang den Kläger zur Unterordnung seines Anspruches unter eine bestimmte Rechtsnorm und zu dessen genauer rechtlicher Charakterisierung. Im Falle der Unrichtigkeit derselben mußte der Richter die Klage selbst dann abweisen, wenn er die vom Kläger behaupteten Tatsachen wahr fand und wenn dieselben die Leistungspflicht des Beklagten nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten begründet hätten. Denn diejenige *Klagebehauptung*, über welche der Richter allein zu sprechen hatte, hatte sich nicht bewahrheitet.[4] — Die Härten dieses Systemes wurden durch erhebliche Vorzüge aufgewogen. Der Kläger mußte sich über das Recht, welches er geltend machen wollte, vor der Klageanstellung klar werden. Er mußte seinen Angriff auf *einen* Punkt konzentrieren und hiernach die Tatsachen gruppieren. Infolgedessen erhielt das Verfahren die größte juristische Bestimmtheit und es war dem Richter seine Aufgabe wesentlich erleichtert.

§ 152. Individualisierung der Streitsache nach heutigem Rechte.

1. Seit dem Mittelalter walten die Richter ihres Amtes nach dem Spruche: dabis mihi factum, dabo tibi jus. Insbesondere will das kanonische Recht, daß der Richter nicht darauf sehe, welche actio angestellt sei, sondern darauf, ob die Klagetatsachen richtig stehen.[1]

Hierin lag eine tiefgreifende und dauernde Veränderung. Der Kläger stellt keine *typisch normierte* Klage mehr an, über deren Bestehen oder Nichtbestehen der Richter urteilt. Die Frage, welche dem Richter gestellt wird und über die er entscheidet, ist die des *konkreten Klagerechtes*, d. h. *ob der Klageantrag aus den in der Klage vorgebrachten Tatsachen rechtlich begründet ist.*

---

daß nur *dieser* Grund in der restituierten Vindikation zur Sprache gebracht werden konnte; vgl. l. 11 pr. D. de exc. rei judicatae 44, 2. Puchta freilich behauptet, eine Vindikation expressa causa sei juristisch undenkbar, sie sei keine Eigentumsklage, da sie nicht das Eigentum, sondern nur eine bestimmte causa in das judicium deduziere, ja sie sei überhaupt keine „eigentliche" Klage; rhein. Museum Bd. 3 S. 474. Das Klagbegehren bleibt jedoch Anerkennung des Eigentums; kommt es zur Verurteilung, so wird der Kläger als Eigentümer anerkannt, und zwar schlechthin. Dies genügt, um der Klage den Charakter als Eigentumsklage zu wahren. Für die hier verteidigte Ansicht erklärte sich Savigny Bd. 6 Beilage 17.

4) War es rechtlich oder tatsächlich besonders zweifelhaft, unter welche der typischen actiones ein Anspruch falle, so half man wohl durch besonders konstruierte Klagen, vgl. l. 1 § 1 D. de praescriptis verbis 19, 5.

1) cap. 6 X de judiciis 2, 1. Alexander III. . . . Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta investigare curetis.

Der gemeine Prozeß hat dies praktisch und theoretisch ausgebildet.

Die Klageschrift hat die Tatsachen vollständig anzugeben, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Den Komplex dieser Tatsachen nennt man den — s. g. historischen — Klagegrund. Zu diesen Tatsachen gehören auch diejenigen, vermöge deren das Klagerecht gerade dem Kläger und gerade gegen den Beklagten zusteht. Die besonderen Tatsachen, aus denen sich diese Beziehung des Klagerechtes auf den Kläger — Aktivlegitimation — sowie auf den Beklagten — Passivlegitimation — ergibt, bilden die Legitimation zur Sache — legitimatio ad causam. Sie ist ein Teil des Klagegrundes.

Der tatsächliche Klagegrund ist der Untersatz, die Rechtsnorm der Obersatz, aus deren Verbindung der Schluß folgen muß, daß der Klageantrag begründet ist. Manche unterscheiden hiernach von dem historischen Klagegrunde — dem fundamentum agendi proximum — den rechtlichen Klagegrund — fundamentum agendi remotum — d. h. die einschlägige Rechtsnorm. Indessen die Klageschrift braucht den Rechtsgrund der Klage nicht anzugeben: Es kann dies geraten sein, aber es ist nicht notwendig. Vergreift sich der Kläger in der Rechtsnorm, welche er als maßgebend bezeichnet, so erwächst ihm hieraus kein Rechtsnachteil. Jura novit curia.

2. An die Stelle des schriftlichen gemeinen Prozesses ist seit dem 1. Oktober 1879 das mündliche Verfahren der C.P.O. getreten.

Die Grundlage auch des neuen Verfahrens ist in der Regel eine schriftliche Klage. Sie bereitet das mündliche Klagevorbringen vor und steckt das Feld der Verhandlung ab. Ohne Einwilligung des Beklagten ist eine Änderung dieser Klage nur noch zulässig, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.[2]

Die Klage hat außer gewissen für den Prozeßgang nötigen Bestandteilen, — Bezeichnung des Gerichtes und der Parteien, sowie Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht, — zu enthalten:

a) die bestimmte Bezeichnung des Klagegrundes und Klagegegenstandes;

b) einen bestimmten Antrag.[3]

---

2) C.P.O. § 264, § 268, vgl. unten Anm. 6.

3) In der Regel muß bei einer Leistungsklage der Antrag so bestimmt sein, daß die auf denselben gestützte Verurteilung vollstreckbar werden kann; es wäre daher z. B. ein Klageantrag „auf Sicherstellung" in der Regel nicht genügend, weil ein solches Urteil nicht vollstreckt werden kann, Kläger muß also eine bestimmte Weise der Sicherstellung beantragen. Immerhin ist es zulässig, einen Antrag auf Ver-

Streitig ist, was die C.P.O. unter „Klagegrund" versteht. Infolgedessen ist auch zweifelhaft, in welcher Weise sich nach der C.P.O. die Streitsache abgrenzt. Viele Schriftsteller meinen, im Sinne der C.P.O. sei wieder Klagegrund eine typische Berechtigung, d. h. eine solche, welche der Gliederung der Rechte im Rechtssystem entspricht, z. B. Eigentum, Servitut, Forderung aus Mandat, aus Gesellschaft.[4] Darin läge ein Zurückgehen auf römische Rechtsgedanken, welche nie in der gemeinrechtlichen Praxis Wurzel gefaßt hatten, eine Neuerung von großer Tragweite, ohne ausreichende gesetzliche Stütze. Klagegrund ist vielmehr wie im gemeinen Prozesse der Komplex der rechtsbegründenden Tatsachen. Ihn muß die Klage enthalten, durch ihn und durch den Klageantrag wird die konkrete Klageberechtigung individualisiert. Denn die C.P.O. hat zwar die Form des Verfahrens geändert, aber sie hat die allgemeinen Begriffe des gemeinen Prozesses festgehalten.[5] [6]

Der Gegensatz der Auffassungen tritt prägnant bei der Eigentumsklage hervor. Nach der hier bekämpften Ansicht hätte die Klage die Eigentumsfrage als Gegenstand des Streites zu benennen. Es

urteilung zum Schadensersatz zu stellen, so daß über die Höhe des Schadens erst später verhandelt werden soll. Eine Klage auf Verurteilung zum Schadensersatz hat die Natur einer Feststellungsklage. R.G. Bd. 10 S. 353, 413.

4) Diese Ansicht — die sog. Individualisierungstheorie — hat zuerst Wach in seinen Vorträgen 1879 S. 17 zu begründen gesucht, siehe jetzt auch 2. Aufl. 1896 S. 20; Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 61 S. 422 ff., Eccius in Försters Pr. Privatrecht Bd. 1 § 23 bei N. 19, Petersen in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 657, auch Lothar Seuffert C.P.O. § 253 haben sich ihm angeschlossen. Vgl. auch R. Schmidt, die Klageänderung 1888. Die Anhänger der bekämpften Ansicht setzen den Klagegrund in die Bezeichnung des „individuellen" Rechtsverhältnisses, vgl. Wach, Vorträge S. 17. Sie meinen aber, wie ihre weitere Ausführung ergibt, „die allgemeinen" oder „typischen" Kategorien der Rechte.

5) Der hier verteidigten Auffassung — der sog. Substantiierungstheorie — folgen die bei weitem meisten Kommentatoren der C.P.O. zu § 253, Hellmann, Lehrbuch des C.P. S. 384, Planck, Lehrbuch des C.P. S. 260, insbesondere aber R.G. Bd. 10 S. 434, Bd. 11 S. 242. S. auch Seuff. Arch. Bd. 41 n. 65, n. 306 und vgl. R.G. Bd. 4 S. 46, Bd. 10 S. 395.

6) Das Hauptargument der Gegner ist die Fassung der bisherigen C.P.O. § 240 = 268 der neuen Fassung: „Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden." Hieraus schließt man, daß Klagegrund und tatsächliche Anführungen im Sinne der C.P.O. Gegensätze bildeten. Wir finden den Gegensatz in „Änderung" und in „Ergänzung und Berichtigung". Höchstens liegt eine nicht ganz präzise Fassung vor. Aus solchen Sprachwendungen Prinzipienfragen von schwerwiegender Bedeutung lösen zu wollen, erscheint uns nicht als richtig. Ausdrücklich bestätigt unsere Auffassung bisherige C.P.O. § 576, laut dessen der mit der Ehescheidungsklage abgewiesene Kläger „Tatsachen", die er früher geltend machen konnte, „nicht mehr als selbständigen Klagegrund" geltend machen kann. Für dieselbe sprechen auch die Motive der C.P.O. unmittelbar. Vor allem aber fällt für sie ferner in das Gewicht die historische Tradition. Es liegt kein durchschlagender Grund dafür vor, daß die C.P.O. sie verlassen wollte. Es hieße dies betretene und bekannte Wege aufgeben, welche gerade zum Ziele führen, und neue Pfade einschlagen, die möglicherweise ohne Ausgang sind.

wäre keine Klageänderung, wenn der Kläger, welcher in der Klage ein Vermächtnis als Erwerbsgrund bezeichnete, ſich ſpäter in der Verhandlung auf Kauf und Übergabe ſtützte. Wir dagegen ſehen hierin eine Änderung des Klagegrundes, welche unzuläſſig iſt. In der Tat wird hierdurch der Stoff der Verhandlung ein ganz neuer, und es verſchiebt ſich durch die Änderung des Angriffes wie der Verteidigung die prozeſſualiſche Lage völlig.[7]

II. Veränderungen der Streitſache während des Prozeſſes.

~~§ 158.~~ Litiskonteſtation und Klageerhebung.

An den Prozeßbeginn knüpfen ſich, wie wir ſehen werden, tiefgehende Veränderungen des eingeklagten Rechtes. Daher wird die Frage wichtig, welcher prozeſſualiſche Akt als Beginn des Prozeſſes gilt.[1]

1. Die Antwort muß nach der Form und dem Gang des Verfahrens, mehr aber noch nach dem Grundcharakter des Prozeſſes verſchieden ausfallen. Wird der Richter, wie dies nach der echtrömiſchen Auffaſſung der Fall war, erſt zuſtändig durch die Unterwerfung der Parteien unter ſeinen Spruch, ſo ſtellt ſich der zweiſeitige Akt, welcher dieſe vermittelt — die Litiskonteſtation — als der eigentliche Prozeßbeginn dar, welchen die vorhergehenden prozeſſualiſchen Akte nur vorbereiten. Hat dagegen, wie dies die heutige Auffaſſung iſt, der Richter vermöge ſeines Amtes die Aufgabe, über die Klage zu urteilen, ſo wird der Prozeß bereits durch das einſeitige Anbringen der Klage eröffnet.

Als das allgemeine Weſen der Litiskonteſtation läßt ſich die Konſtatierung des Streites der beiden Parteien vor Gericht zum Zweck der Herausforderung eines Urteils bezeichnen. Sie geſchah aber in den ſich ablöſenden Prozeßſyſtemen Roms in verſchiedener Form. Im altrömiſchen Ordinarverfahren bildete die Litiskonteſtation der letzte Akt des Verfahrens in jure, mittels deſſen, nachdem der erwählte judex durch die Formel beſtellt war, der Prozeßvertrag geſchloſſen wurde. Und zwar wurde urſprünglich dieſer Moment durch Aufrufen von Zeugen herausgehoben, daher der Name;[2] ſpäter fiel

7) So auch R.G. Bd. 10 S. 434. Bd. 11 S. 242.

1) Keller über Litiskonteſtation und Urteil, Zürich 1827, hat die Grundlagen dieſer Lehre gelegt. Vgl. ferner Wlaſſak, d. Litiskonteſt. i. Formularprozeß 1888 und römiſche Prozeßgeſetze 2 Abteilungen 1888.

2) Festus: contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quo ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.

dies weg. Im Extraordinarverfahren[3] und im Prozesse der christlichen Kaiserzeit[4] setzte man die Litiskontestation in den ersten Prozeßtermin vor dem Magistrate, in welchem die Parteien beiderseitig ihre Behauptungen vortrugen.[5]

Im gemeinen Prozesse bezeichnete man die Beantwortung der Klage durch die Einredeschrift des Beklagten als Litiskontestation.[6]

2. Im jüngsten römischen Rechte hatte sich der Gedanke abgeschwächt, daß der Prozeß auf einem Vertrage der Parteien beruhe. Außerdem erschien es unzweckmäßig, daß der Beklagte durch Verzögerung der Einlassung die ihm nachteiligen Folgen des Prozeßbeginnes willkürlich hinausschieben könne. Schon die christliche Kaiserzeit knüpfte daher einzelne Folgen des Prozeßbeginnes an den einseitigen Akt der Mitteilung der Klage an den Beklagten.[7] Aber erst das neueste Recht hat dies grundsätzlich und allgemein durchgeführt, so daß die Klageerhebung schlechthin als Prozeßbeginn gilt. Denn es sollen nach der C.P.O. alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes früher an die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage geknüpft waren, mit der Erhebung der Klage eintreten.[8] Die Klageerhebung aber geschieht gemäß der C.P.O. regelrecht durch Zustellung der schriftlichen Klage an den Beklagten,[9] in gewissen Fällen durch Anträge in der mündlichen Verhandlung.[10]

---

3) l. un. C. de litis contestatione 3, 9. Imp. Severus et Antoninus . . . lis enim tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

4) Justinianus in l. 14 § 4 C. de judiciis 3, 1 . . . cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam.

5) Vgl. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß Bd. 3 S. 254 Anm. 8 einerseits, Wieding, Libellprozeß § 13 andererseits.

6) Dies war die Folge des jüngsten Reichsabschieds von 1654 § 37. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 3 S. 77.

7) Dies gilt namentlich von der Klagenverjährung l. 7 pr. § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39, l. 3 § 3 C. de annali exc. 7, 40. Vgl. ferner l. 20 § 6 d § 11, l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3. Gemeinrechtlich war streitig, ob die Wirkungen, welche das römische Recht an die Litiskontestation knüpfte, allgemein mit der Insinuation der Klage einzutreten hätten. Hierzu neigte die Praxis, aber die Doktrin befreundete sich hiermit nicht, vgl. Wächter, Erört. Heft 3 S. 153, Bangerow Bd. 1 § 160 Anm. am Ende.

8) C.P.O. § 267. Auch nach heutigem Recht knüpft sich aber die Verhaftung des Nichtbesitzers, welcher liti se optulit, vgl. unten § 225, an die Einlassung.

9) C.P.O. § 253, § 496 ff.

10) C.P.O. §§ 33, 280, 281, 500, 510.

§ 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurteilung.

I. Zwischen dem Prozeßbeginn und dem Endurteil liegt ein mehr oder minder langer Zwischenraum. Inzwischen kann sich der Gegenstand des Streites verändern, es kann z. B. die geschuldete Sache untergehen oder Erträgnisse abwerfen, oder es können Zahlungen geleistet werden. Das ältere römische Recht suchte die Schwierigkeit, welche durch solche Veränderungen der Sachlage für den Richter entsteht, dadurch abzuschneiden, daß es dieselben ignorierte und die Zeit der Litiskontestation allein für die Frage der Existenz des klägerischen Rechtes sowie des Umfanges der Verurteilung als maßgebend behandelte.[1] Über das Recht, wie es zur Zeit der Litiskontestation bestand, hatten die Parteien richterlichen Spruch gefordert. Der Beklagte hatte sich der Verurteilung nach den damals vorhandenen Kondemnationsbedingungen unterworfen.[2] Hierin sah man eine durch den Prozeßvertrag bewirkte Novation der ursprünglichen Verpflichtung.[3]

Folgerecht war Beklagter selbst dann zu verurteilen, wenn er den Kläger während des Prozesses bezahlte oder sonst befriedigte. Noch in der Kaiserzeit nahmen dies die Prokulianer bei den stricti juris judicia an. Die Sabinianer aber verteidigten siegreich den Satz: omnia judicia esse absolutoria, d. h.: Erfüllung während des Prozesses führt durchweg zur Freisprechung des Beklagten.[4]

Der Versuch des älteren Rechtes zur Abschneidung der Schwierigkeit war naturwidrig. Bei den bonae fidei judicia und den arbitrariae

---

1) Keller, Litiskontestation und Urteil, Wächter Heft 2 und 3, Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis 1846 ff. 2 Tle., Savigny Bd. 6 S. 1 ff., Wlassak, röm. Prozeßgesetze a. a. O.

2) Gaj. Inst. III § 180 . . . obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione . . . Gaj. Inst. IV § 107.

3) fragmenta Vaticana § 263 . . . interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit. Paulus libro 24 quaestionum l. 29 D. de novat. 46, 2 führt freilich aus: aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt. perit privilegium dotis et tutelae si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est: quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

4) Gaj. Inst. IV § 114 Superest, ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur post acceptum judicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant nec interesse cujus generis sit judicium; et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia absolutoria esse . . . de bonae fidei judiciis autem idem sentiunt, quia in ejusmodi judiciis liberum est officium judicis. tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimatur.

actiones wendete man stets andere Grundsätze an. Auch bei den stricti juris judicia ließ er sich nicht durchführen.[5]

II. Der Gedanke, welcher allmählich zur Geltung kam, ist, daß die Zeit des Urteils darüber entscheidet, ob und inwieweit der Beklagte zu verurteilen ist.[6] Aber schlechthin ließ sich auch das nicht durchführen.

1. Grundsätzlich muß das Rechtsverhältnis, aus welchem geklagt wird, bereits zur Zeit der Klageerhebung bestanden haben, wenn eine Verurteilung auf Grund desselben zulässig sein soll. Denn nur das der Klage zu Grunde liegende Verhältnis ist zum Gegenstande des Prozesses gemacht.[7] Gleichwohl hat Verurteilung richtiger Ansicht nach auch zu erfolgen:

a) wenn das klägerische Recht zur Zeit des Prozeßbeginnes noch bedingt oder betagt war, zur Zeit der Fällung des Urteils unbedingt und unbetagt ist;[8]

b) wenn die Legitimation zur Sache erst im Laufe des Prozesses hergestellt wurde, der Beklagte z. B. erst während desselben in den Besitz der eingeklagten Sache kam.[9]

Die neuere Praxis und Gesetzgebung geht mit Recht noch weiter. Sie kennt bedingte Verurteilungen, wenn Leistungen eingeklagt werden, welche nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu machen sind. Es hat z. B. bedingte Verurteilung zu geschehen, wenn der Ver-

---

5) Vgl. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Prozesses 1852, dazu Bekker sowie Dernburg in der Heidelberger kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 253, dagegen wieder Römer S. 397. Die dort von mir ausgesprochenen Ansichten sind hier zum Teil verlassen.

6) Als Prinzip wurde dies von den römischen Juristen nicht ausgesprochen. Ihr Ausgangspunkt ist, daß der Richter die Verhältnisse zur Zeit der Litiskontestation bei seinem Urteil zu Grunde zu legen habe. Allein sie modifizieren dies der Art, daß in Wirklichkeit die frühere Regel eine Ausnahme wird, daß sie also nur aus besonderen Gründen noch zur Anwendung kommt. Die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz ist, das neue Prinzip anzuerkennen, welches im Grunde das spätere römische Recht beherrscht. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 128, Mandry, zivilrechtliche Reichsgesetze S. 286.

7) l. 23 D. de judiciis 5, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Non potest videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est, l. 35 D. eod.

8) Vgl. l. 17 D. mandati 17, 1. Paulus libro 7 ad Sabinum. Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeris, et ante exacta ea mandati tecum egero, sie ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat. l. 9 § 5 D. de pign. a. 13, 7. R.G. Bd. 1 S. 425, Bd. 8 S. 415. Rocholl, Rechtsfälle des R.G. Bd. 2 S. 123.

9) l. 27 § 1 D. de rei vind. 6, 1, l. 7 § 4 D. ad exhibendum 10, 4, vgl. l. 30 pr. D. de peculio 15, 1, Windscheid Bd. 1 § 128 Anm. 5, Bähr, Urteile des Reichsgerichts Bd. 1 S. 153. Zwischen den rechtlichen und den faktischen Bedingungen der Kondemnation will unterscheiden Savigny Bd. 6 S. 73.

käufer den Kaufpreis fordert, während dieser nur gegen Lieferung der Ware zu zahlen ist.

Die C.P.O. §§ 257 bis 259 gestattet Verurteilung auf Zahlung oder Räumung *beim Eintritt eines Kalendertages*, sowie auf Entrichtung von *wiederkehrenden Leistungen*, die erst nach Erlassung des Urteils fällig werden. Sie erlaubt *generell*, auf künftige Leistung zu klagen, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.[10]

2. Die Dazwischenkunft des Prozesses verzögert die Erfüllung des Anspruches des Klägers zu dessen Nachteil. Für diesen Nachteil hat der Beklagte *Ersatz* zu leisten, wenn ihm eine *Schuld* zur Last fällt. Ist er *nicht in Schuld*, so soll ihm der Aufschub des Prozesses wenigstens keinen *Vorteil* bringen.[11]

Mit dem Prozeßbeginn tritt hiernach ein:

a) die *Vererblichkeit unvererblicher Klagerechte*;

b) die *Unterbrechung der Klagenverjährung*;

c) eine *Ersatzpflicht* des Beklagten für Untergang, Verschlechterung und Preisminderung der eingeklagten Objekte.

In dieser Hinsicht ist aber bei dinglichen Klagen zwischen dem unredlichen und dem redlichen Besitzer zu unterscheiden.[12][13]

---

10) Über die §§ 257—259 C.P.O. vgl. namentlich Hellwig, Anspruch und Klagrecht §§ 52, 54.

11) Die ältere gemeinrechtliche Doktrin nahm an, daß der Beklagte mit dem Prozeßbeginne in *Verzug* gerate. Dies ist nicht richtig. Verzug im technischen Sinne setzt *Schuld* bei der Verzögerung voraus. Der Beklagte kann aber aus guten Gründen die Ansprüche des Klägers für ungerechtfertigt halten und ist dann sicher nicht in Schuld, wenn er sich verteidigt. Daher sagt Julianus libro 17 digestorum l. 63 D. de R. J. 50, 17 qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere, vgl. l. 24 pr. D. de usuris 22, 1. Andererseits äußert Papinianus libro 20 quaestionum l. 3 pr. D. eod. . . . non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad judicem und Ulpianus libro 78 ad edictum l. 82 § 2 D. de V. O. 45, 1: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere. Es spricht also die Vermutung dafür, daß der Schuldner, welcher prozessiert statt zu zahlen, im Verzuge ist. Daß er aus guter Überzeugung stritt, muß aus der Sachlage besonders und deutlich erhellen. B.G.B. §§ 291, 292 knüpft an die Rechtshängigkeit Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf Verzug.

12) Es ist dies das Ergebnis der verfeinerten späteren Jurisprudenz. Das ältere Recht betrachtete jeden Besitzer von der Litiskontestation an, ohne Unterscheidung, als Frevler an dem Rechte des Klägers, als malae fidei possessor. Ulpianus libro 15 ad edictum l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3 tut den Ausspruch: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse . . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Anklänge hieran finden sich noch in l. 2 C. de fructibus 7, 51; in l. 2 C. de pet. her. 3, 31 ist der Erwerb einer streitigen Sache in Frage. Dagegen unterscheidet Paulus libro 20 ad edictum l. 40 D. de her. pet. 5, 3 scharf zwischen praedones und bonae fidei possessores. Von den letzteren heißt es: nec enim debet indefensum jus suum relinquere. Die Entscheidungen, welche sich im corpus juris über die hier ein-

Der unredliche Besitzer ist schlechthin zum Ersatz des Wertes der eingeklagten Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes verbunden. Er kann sich nur durch den schwierigen Beweis befreien, daß der Schaden den Kläger auch bei rechtzeitiger Herausgabe getroffen hätte.[14] Hierzu muß er auch dartun, daß der Kläger die Sache im Falle der Herausgabe nicht verkauft und damit den Schaden von sich abgewälzt hatte.[15]

Der redliche Besitzer steht nach dem Prozeßbeginne für Untergang und Verschlechterung der eingeklagten Sache ein, wenn er sie verschuldete. Denn nach der Klageerhebung muß er beachten, daß er möglicherweise in fremde Rechte eingreift. Dies verbindet ihn zur sorgfältigen Obhut der eingeklagten Sache.[16]

d) Dem Kläger gebühren ferner die Früchte, d. h. das Reineinkommen und sonstige Vorteile aus der Sache — omnis causa —, die der Beklagte nach dem Prozeßbeginn zog.[17]

Außerdem hat der redliche Besitzer das Einkommen zu ersetzen, das er bei Sorgfalt aus der Sache hätte gewinnen können, der unredliche, was aus der Sache objektiv zu erzielen war, und selbst was etwa der Kläger aus seinen besonderen Verhältnissen darüber hinaus hätte gewinnen können.[18]

e) Prozeßzinsen, d. h. Zinsen der eingeklagten Summe für die Zeit der Dauer des Prozesses, sind dem Kläger zu erstatten.[19]

---

schlägigen Fragen finden, sind nicht ohne Zwang zu vereinigen, weil ihre Verfasser von verschiedenen Standpunkten ausgingen. Das Prinzip von Paulus muß maßgebend sein. Vgl. übrigens Petražycki, Fruchtverteilung S. 168.

13) Die Bestimmungen des B.G.B. §§ 987 ff. sind den römischen nachgebildet, indessen eigenartig gestaltet, vgl. hierüber Dernburg, bürg. Recht Bd. 3, 2. A. § 120.

14) l. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3, l. 12 § 3 D. depositi 16, 3.

15) vgl. l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1, l. 14 § 1 D. depositi 16, 3.

16) l. 2 D. de rei vind. 6, 1.

17) l. 2 D. de usuris 22, 1. Vgl. § 78 Ziff. 2.

18) Näheres unten bei der Eigentumsklage in § 226.

19) Dies ist gemeine Gewohnheit. Das justinianische Recht ist bestritten. Eine Bestimmung, wonach allgemein Prozeßzinsen berechnet werden, findet sich hier nicht. Die l. 34 D. de usuris 22, 1 erkennt Prozeßzinsen bei bonae fidei judicia an; die l. 35 D. eod. Paulus libro 57 ad edictum: lite contestata usurae currunt besagt nur, daß die Zinsen verzinslicher Obligationen auch nach der Litiskontestation fortlaufen. Nach älterem Rechte wurden bei der actio certae pecuniae Prozeßzinsen nicht berechnet. Dieser Satz ist im justinianischen Rechte nicht wiederholt, aber auch nicht ausdrücklich beseitigt. Bei der condictio indebiti werden geradezu Prozeßzinsen verworfen, l. 1 § 1 C. de cond. indebiti 4, 5. Nach gemeinem Rechte haben aber alle Klagen die Natur von bonae fidei actiones. Es sind daher nach gemeinem Rechte allgemein Prozeßzinsen zuzuerkennen, selbst wenn man auf die Gewohnheit ein entscheidendes Gewicht nicht legen wollte. R.G. in Seuff. A. Bd. 48 n. 249. Übereinstimmend B.G.B. § 291.

§ 155. Veräußerung des Streitobjektes.

Die Veräußerung des Gegenstandes eines anhängigen Rechtsstreits führt an sich zu einem Übergang der Parteirolle vom Veräußerer auf den Erwerber. Ein solcher kann aber mancherlei Mißstände nach sich ziehen. Der Prozeß wird durch den Wechsel der Parteien verzögert, das bisher Verhandelte in Frage gestellt. Dazu kommt, falls es an einem durchaus zuverlässigen Richterstande fehlt, die Möglichkeit der Einschiebung von Persönlichkeiten, welche den Richter in einem dem Gegner ungünstigen Sinne ungebührlich beeinflussen. Diesen Gefahren sucht das Recht entgegenzuwirken.

1. In der römischen Kaiserzeit griff man zu dem heroischen Mittel eines Verbotes der Veräußerung und ihrer Bestrafung,[1] [2] so daß man für nichtig und strafbar erklärte: einmal die Veräußerung aller rechtshängigen Klagen, ferner die Veräußerung der mit der Eigentumsklage beanspruchten Sache durch deren Besitzer.

Da die Veräußerung unwirksam war, ging der Prozeß ungeachtet derselben unter den ursprünglichen Parteien weiter.

Das Mittel war durchgreifend, aber verkehrsstörend und um so unerträglicher, je länger sich die Prozesse hinauszogen.

2. Die moderne Praxis und hiernach die C.P.O. schlugen daher dem Verkehre bequemere, wenn auch weniger einfache Wege ein.[3]

---

1) Auch die Veräußerung vor dem Prozeß kann den Gegner verantwortlich machen. Der Besitzer einer Sache, welcher sie vor Anstrengung des Prozesses, der in Aussicht steht, veräußert, um dem Gegner einen lästigeren Beklagten entgegenzustellen, ist jenem auf das Interesse, z. B. wegen höherer Kosten, haftbar. Beispiele sind Veräußerung in eine fremde Provinz, an einen Mächtigeren. Tit. Dig. de alienatione judicii mutandi causa 4, 7. Da der Veräußerer in den bezüglichen Fällen meist auch der Vindikation unterliegt, weil er dolo desiit possidere — vgl. aber l. 4 D. h. t. — so hatte die Klage wegen alienatio judicii mutandi causa wenig Bedeutung. Siehe über diese Klage Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 561, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 120.

2) Zuerst verbot ein Edikt von Augustus dem Kläger den Verkauf vindizierter italienischer Grundstücke während der Dauer des Prozesses. Nur der Verkauf war nichtig, nicht die auf Grund desselben erfolgte mancipatio und in jure cessio. Aber dem vindizierenden Erwerber trat die exceptio litigiosi entgegen, fragmentum de jure fisci 8, Gajus Inst. IV § 117a. Nichtig war auch die Dedikation der streitigen Sache in sacrum l. 3 D. de litigiosis 44, 6, ein Verbot, welches manche ohne zureichende Gründe den 12 Tafeln zuschreiben. Die l. 3 C. de letigiosis 8, 36 untersagte später die Veräußerung aller anhängigen dinglichen oder persönlichen Klagen, der actiones litigiosae. Erst Justinian verbot auch dem beklagten Besitzer die Veräußerung der mit der Eigentumsklage vindizierten Sachen, l. 5 C. eod. nov. 112 cap. 1. Das Geschäft war nichtig auch unter den Kontrahenten selbst und es war strafbar. Vgl. Bachofen, die römischen Veräußerungsverbote der res litigiosa, in seinen ausgewählten Lehren des Zivilrechts 1848 S. 57; Brinckmann, Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität 1849; Friedenthal, de rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano, Berol. 1849.

Die Veräußerung ist nicht mehr verboten, aber sie hat keinen unmittelbaren Einfluß auf den anhängigen Prozeß. Der Veräußerer bleibt, obgleich materiell nicht mehr beteiligt, Prozeßpartei. Das heißt, er hat auch nach der Veräußerung den Prozeß weiterzuführen und durch seine Erklärungen und Zugeständnisse dessen Schicksal zu bestimmen; ihm ferner sind immer noch etwaige Schiedseide zuzuschieben, er ist befugt sie zuzuschieben.[4] Nur mit Einwilligung des Gegners kann der Erwerber als Hauptpartei in den Prozeß eintreten. Als Nebenintervenient — socius litis — darf er sich dagegen zur Wahrung seiner Interessen beim Prozesse ohne weiteres beteiligen. Das Urteil lautet für und gegen die Prozeßpartei und ist für und gegen sie vollstreckbar, wie wenn sie nicht veräußert hätte. Aber auch gegen den Rechtsnachfolger ist dasselbe in Ansehung der Sache selbst wirksam und vollstreckbar.[5] War derselbe jedoch in gutem Glauben, so kommen ihm die Begünstigungen zu gute, welche das heutige Recht gutgläubigen Erwerbern angedeihen läßt.[6]

Eine besondere Bestimmung besteht für Prozesse über Rechte zu Gunsten oder zu Lasten eines Grundstückes. Der Besitzer des Grundstückes gilt hierbei wie dessen Vertreter. Daher ist der Grundstückserwerber befugt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.[7]

III. Die Verhandlung der Streitsache.

§ 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß.

1. Das Prozeßverfahren soll nach der C.P.O. ein mündliches sein. Der Richter hat daher nur das mündlich Verhandelte bei der Entscheidung des Rechtsstreites zu berücksichtigen.[1] In diesem Sinne sind die vorher gewechselten Schriften nur vorbereitend.[2]

3) C.P.O. § 265 ff. Über die gemeinrechtliche Entwicklung siehe Zimmermann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 35 S. 431, Bd. 36 S. 49.

4) Infolge der Veräußerung tritt also zwar eine Succession in das materielle Recht ein, aber keine Succession in den Prozeß. Vgl. namentlich Kohler: Succession in die Prozeßverhältnisse in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 12 n. 2, Reinhardt in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 71, R.G. Bd. 40 S. 340. Kohler bezeichnet die Fälle, in welchen die Prozeßpartei nicht die materiell am Recht beteiligte ist, als „Prozeßstandschaft". Vgl. auch Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 83. Anders Wach bei Gruchot Bd. 30 S. 779.

5) C.P.O. § 325.

6) C.P.O. § 325 Abs. 2, Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft §§ 27 ff.

7) C.P.O. § 266.

1) C.P.O. § 128. Vgl. Wach, Vorträge S. 1 ff. Eine Anwendung macht R.G. Bd. 4 S. 379.

2. Die Parteien haben die Tatsachen, aus welchen sich ihre Anträge rechtfertigen, dem Richter in der Verhandlung vorzutragen und, soweit sie bestritten sind, zu beweisen, d. h. zur richterlichen Überzeugung zu bringen.[3] An eine bestimmte Reihenfolge, wie dies im gemeinen Prozesse der Fall war, sind sie nicht gebunden. Die Verhandlung ist ihrer natürlichen Entwicklung überlassen. Jede Partei kann daher bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, vorbringen, was zur Sache gehört.[4] Sie kann ihre früheren, unvollständig gebliebenen Vorträge ergänzen und berichtigen.

Rechtsausführungen der Parteien sind zulässig; sie können nützlich sein. Sie sind aber nicht unerläßlich, denn der Richter beurteilt das beigebrachte Tatsachenmaterial selbständig.

3. Oft spricht man von einer *Anführungs-* und *Beweispflicht* und insbesondere von einer *Defensionspflicht* des Beklagten. Es handelt sich hierbei aber nicht um *Verpflichtungen* dem Gegner oder dem Staate gegenüber. Vielmehr werden nur die *Bedingungen* bezeichnet, unter welchen der Prozeß zu einem für die Beteiligten günstigen Ausgange geführt werden kann. Dies ist bezüglich der Anführungspflicht des Klägers unbestritten. Dagegen nehmen viele Schriftsteller an, daß dem Beklagten eine wahre *Pflicht zur Einlassung in den Prozeß* obliege.

Eine solche Pflicht bestand in der Tat nach dem römischen Prozeßsystem. Dasselbe machte die Konstituierung des Rechtsstreites von der Mitwirkung des Beklagten abhängig, behandelte sie folgerecht als Pflicht und erzwang sie durch Strafandrohungen.[5] Dagegen geht der heutige Prozeß seinen Gang, auch wenn der Beklagte nicht Teil nimmt. Dieser schädigt also durch sein Nichterscheinen niemanden als sich selbst.

Erscheint nämlich der Beklagte im Termine zur Verhandlung über die Klage nicht oder verhandelt er nicht, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, soweit es dem Beklagten in der Klageschrift kundgegeben war, *als zugestanden* zu erachten. Begründet dasselbe den Klageantrag, so ergeht auf Antrag gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil. Dasselbe ist binnen 2 Wochen von der Zustellung an durch Einspruch anfechtbar, welcher den Prozeß in die Lage vor dem

---

2) Dies gilt auch für die Klageschrift. Über ihre besondere Funktion der Feststellung der Streitsache siehe oben § 152.

3) Man sagt „judici fit probatio“ l. 1 C. de cond. ob turpem causam 4, 7.

4) C.P.O. § 278.

5) Vgl. oben § 128 Anm. 2.

Eintritt der Versäumung zurückversetzt. Erfolgt kein Einspruch, so wird das Versäumnisurteil rechtskräftig.[6]

Dies sind zweckentsprechende Prozeßeinrichtungen, welche die Rechtsverfolgung sichern. Um Bestrafung einer Pflichtversäumnis des Beklagten handelt es sich hierbei dagegen nicht. Denn der Beklagte, welcher das Eingeklagte schuldet, erleidet durch das Versäumnisurteil keinen Nachteil, sondern empfängt sein Recht; nur wer nichts schuldete, wird getroffen. Vom Standpunkte einer Strafe aus wäre es unbegreiflich, die Versäumnis der Einlassung durch den Nichtschuldner zu ahnden, während der Schuldner straflos bleibt.[7]

§ 157. Der Klagevortrag.[1]

1. Der Kläger hat dem Gerichte die Tatsachen vollständig vorzutragen, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Hierin liegt die Substantiierung seines Klagevortrages.

Keineswegs liegt aber dem Kläger ob, alle positiven und negativen Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Rechtes darzulegen, welches er in Anspruch nimmt. Damit wäre ein Ende nicht zu finden. Vielmehr genügt regelrecht die Erzählung der Tatsachen, welche die wirkende Ursache — causa efficiens — seines Rechtes bilden.[2] Man nennt diese Tatsachen die rechtsbegründenden. Hierher gehören auch diejenigen Tatsachen, welche die Legitimation zur Sache herstellen.[3]

2. Es ist Sache des Beklagten, die rechtshindernden Tatsachen darzulegen, d. h. diejenigen, aus welchen sich ergibt, daß jene Ursache ihre regelmäßige Wirkung nicht hatte. Als rechtshindernd gilt anerkanntermeise der Mangel des Willens zum Geschäftsschluß, z. B. im Fall von Irrtum, Simulation, ferner die Verkehrsunfähigkeit des Objektes. Bestritten ist, ob die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Vertragschließenden, insbesondere die Volljährigkeit vom Kläger darzutun ist, welcher sich auf einen Kontrakt beruft. Aber zu den rechtsbegründenden Tatsachen sind diese Umstände nicht zu zählen. Daher ist die Handlungsunfähigkeit als rechtshindernd vom Beklagten vorzubringen.

Es ist ferner Sache des Beklagten, rechtsaufhebende Tatsachen, z. B. die Zahlung und endlich Exzeptionen anzuführen.

6) C.P.O. §§ 330 ff.

7) Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 62 S. 1 ff. „zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten" hat zuerst die richtige Ansicht vertreten. Hauptgegner ist Wach, Präklusion und Kontumaz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 130.

1) Wächter, würt. Pr.Recht Bd. 2 S. 433; Unger, östr. Pr.Recht Bd. 2 S. 450.

2) Wetzell, Zivilprozeß § 15, § 16.

3) Vgl. hierüber oben § 152.

3. Ist die Darstellung der Tatsachen eine unklare oder unvollständige oder unschlüssige, so hat das Gericht durch Fragen auf die Erläuterung und Ergänzung hinzuwirken.[4]

Bleibt dies erfolglos, so ist die Klage selbstverständlich abzuweisen, beziehungsweise nicht zu beachten.

4. Wird die Klage, nachdem sie wegen mangelnder Substantiierung abgewiesen war, erneut, und zwar in vollständiger und schlüssiger Weise, so steht ihr die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen. Denn über den jetzt vorgebrachten tatsächlichen Klagegrund wurde im früheren Prozesse nicht erkannt. Um diese Tragweite des Urteils über die unschlüssige Klage deutlich zu machen, pflegt man die Abweisung in der Formel „angebrachtermaßen" oder „in der angebrachten Art" auszusprechen.[5]

§ 158. Verteidigung.

Verteidigung ist Bekämpfung des Klageantrages. Sie geschieht teils durch Leugnen, teils durch Einreden.

1. Die Verteidigung durch Leugnen besteht

a) in der Bestreitung der Klagetatsachen. Tatsachen, welche der Gegner nicht ausdrücklich bestreitet,[1] gelten als zugestanden; bestrittene Klagetatsachen hat der sie Anführende zu beweisen. Tatsachen jedoch, deren Richtigkeit dem Gerichte offenkundig ist, bedürfen keines Beweises, auch wenn sie bestritten werden, und die Anführung von Tatsachen, deren Unrichtigkeit beim Gerichte offenkundig ist, die z. B. unmöglich sind, hat der Richter nicht zu beachten, auch wenn sie nicht bestritten sind.[2]

b) Der Beklagte kann auch die rechtliche Begründung der Klage in Abrede stellen, also namentlich den Rechtssatz bekämpfen, welchen

4) C.P.O. § 139. Hat der Richter von seinem Fragerecht keinen Gebrauch gemacht, so ist das wegen Mangels der Substantiierung abweisende Urteil schon um dieses Umstandes willen mit den zuständigen Rechtsmitteln anfechtbar.

5) Man streitet darüber, ob auch nach der C.P.O. eine Abweisung „angebrachtermaßen" wegen mangelnder Substantiierung zulässig sei. Man beruft sich dagegen darauf, daß eben dem Richter nach der C.P.O. die Aufgabe zugewiesen ist, Unvollständigkeit der Parteivorträge durch geeignete Fragen zu beseitigen, vgl. R.G. Bd. 6 S. 356, Bd. 10 S. 175, 405. Wo dies aber zu keinem Ergebnis führt, muß es gleichwohl zur Abweisung angebrachtermaßen kommen. Vgl. Westerburg in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 186; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 1 S. 22; Planck, Zivilprozeß Bd. 1 S. 265. Die Abweisung angebrachtermaßen wegen prozessualer Fehler ist zweifellos noch zulässig, z. B. wenn eine Klage dem Beklagten ohne gerichtliche Terminsbestimmung zugestellt war. R.G. Bd. 13 S. 334.

1) C.P.O. § 138.

2) Vgl. oben § 25 Anm. 11. Nicht gerichtskundig ist, was der Richter als Privatperson, z. B. im Wirtshaus neben den Vertragschließenden sitzend, erfuhr. Vgl. Richard Schmidt, die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters 1892.

Kläger für ſich geltend macht. So wenig aber der Kläger die Rechtsnorm, aus der er ſeine Anträge ableitet, anführen muß, ſo wenig braucht ſie der Beklagte ausdrücklich zu beſtreiten. Es handelt ſich um Erwägungen, die der Richter von Amts wegen anzuſtellen hat. Die Partei wird es regelmäßig in ihrem Intereſſe finden, ihn hierbei zu unterſtützen; rechtlich notwendig iſt dies jedoch nicht.

2. Durch Einreden ſtellt der Beklagte den Klagetatſachen ſelbſtändige Tatſachen entgegen, mittels deren er den Klageantrag bekämpft.[3]

3. Der Beklagte kann alle Verteidigungsmittel neben einander geltend machen, ſofern ſie nicht im gegebenen Falle in direkten Widerſpruch zu einander treten.[4]

In dieſem Sinne iſt dem Beklagten nicht verwehrt, die Klagetatſachen zu leugnen und daneben die Klage durch Einreden zu bekämpfen.[5] Daher der Spruch: qui excipit non fatetur.

§ 159. Die Beweislaſt.[1]

1. Was man zu beweiſen hat, um im Prozeſſe zu ſiegen, bildet die Beweislaſt — onus probandi.[2]

2. Im Streitfall hat der Kläger die rechtsbegründenden Tatſachen[3] zu beweiſen,[4] der Beklagte desgleichen die von ihm be-

3) Über den Begriff der Einreden und Einwendungen und ihr Verhältnis zur römiſchen Exzeption vgl. oben § 137.

4) l. 8 D. de exc. 44, 1. Paulus libro ad Plautium. Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt. l. 5 D. eod.

5) l. 9 D. de exc. 44, 1. Marcellus libro 3 Digestorum. Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is, quocum agitur, quia exceptione utitur. Es kann aber die Darſtellung der Einredetatſache ein Zugeſtändnis der Klagetatſachen enthalten und ergeben, daß das vorhergehende allgemeine Ableugnen derſelben nicht ernſtlich und nicht zu berückſichtigen iſt. Das iſt nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen.

1) Tit. Dig. de probationibus et praesumtionibus 22, 3. Tit. Cod. de prob. 4, 19. A. D. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, 3. Auflage 1845; Bethmann-Hollweg, Verſuche 1827 n. 5 S. 319; H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislaſt 1858; Langenbeck, Beweisführung 1869; Mayen, über Beweislaſt 1861; Brinckmann, die Begründung der Klagen des Reichsrechtes und gemeinen Rechtes 1883, 2 Bde.; Fitting, die Grundlagen der Beweislaſt 1888; Betzinger, die Beweislaſt 1894, Beckh, die Beweislaſt nach B.G.B. 1899; O. Hüppner, zur Lehre von der Beweislaſt im ſächſ. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. 1 S. 641. Siehe auch Wach, Zivilprozeß Bd. 1 S. 125; Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 9; Fiſcher, Recht und Rechtsſchutz S. 18.

2) Im gemeinen Prozeß beſtimmte ein beſonderes Urteil vor der Beweisaufnahme, was jede Partei zu beweiſen habe. Der C.P.O. iſt dies fremd.

3) Über Gerichtskunde ſiehe oben § 158 Anm. 2.

4) Sprichwörtlich iſt der Satz: actore non probante reus absolvitur. l. 4 C. de edendo 2, 1, l. 23 C. de prob. 4, 19, l. 2 C. de rei vind. 3, 32, R.G. Bd. 7 S. 46.

haupteten *Einredetatsachen*,[5] und wiederum der Kläger Repliken, der Beklagte Dupliken. Diese Regel ist keine ausnahmslose. Eine mechanische Handhabung derselben führt zu Härten und Mißgriffen. Erwägungen der Billigkeit und der praktischen Erfahrung fallen vielmehr bei der Verteilung der Beweislast entschieden in das Gewicht.[6]

a) Wird insbesondere durch vertragswidriges Verhalten der einen Vertragspartei der anderen die Führung eines Beweises wesentlich erschwert oder untunlich gemacht, so tritt, soweit dies der Sachlage entspricht, zur Ausgleichung Befreiung der letzteren von der Beweislast ein.[7]

b) Über das ferner, was wir wissen müssen und worüber wir leicht Auskunft geben können, z. B. über den Betrag unseres Vermögens, vom Gegner Beweis zu verlangen, widerstreitet der Loyalität und den Zwecken des Prozesses.[8] Daher ist z. B. der Besitzer einer Erbschaft verpflichtet, dem Erbschaftskläger ein Verzeichnis der in Besitz genommenen Objekte vorzulegen.[9]

c) Die ältere Doktrin lehrte, *negative* Behauptungen habe man nicht zu beweisen. Die neueren Schriftsteller verwerfen dies schlechtweg. Sie gehen hiermit unseres Erachtens viel zu weit. Im allgemeinen hat man davon auszugehen, daß für den Richter nur dasjenige existiert, was entweder zugestanden oder bewiesen ist, andere Tatsachen sind für ihn nicht vorhanden, daher hat Kläger deren von ihm behauptete Nichtexistenz nicht zu beweisen.[10] Es ist daher unter anderem ungerecht-

---

5) Hiernach pflegt man zu sagen: reus in exceptionibus fit actor. l. 19 pr. D. de prob. 22, 3.

6) So auch Hanausek, Fakturen und Faktura-Klauseln 1891 S. 46. Vgl. l. 12. D. h. t. 22, 3, l. 19 C. de prob. 4, 19. Ob ein einmal begründeter *Zustand* als *fortdauernd* anzusehen ist, z. B. Leben, Wahnsinn, auch Besitz, ist nach der Sachlage zu beurteilen. Der in der Praxis gern verwertete Satz „Veränderungen werden nicht vermutet" ist eine handliche, aber keine exakte Formel. Feste Regeln versucht Bekker, Bd. 1 S. 98 aufzustellen.

7) Vgl. z. B. unten Bd. 2 § 95 Anm. 12.

8) Die Verpflichtung von Aszendenten und Deszendenten zur Reichung von Alimenten ist unter anderem durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bedingt. Aber es ist um deswillen nicht richtig, wie R.G. Bd. 4 S. 154 annimmt, daß der Alimentenkläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten zu beweisen habe. Dieser kann und muß vielmehr über sein Vermögen und Einkommen Auskunft geben. Unnatürlich und unbillig ist es, wenn dem Kläger nähere Angaben und Beweise über derartige Verhältnisse des Beklagten zugemutet werden.

9) R.G. Bd. 8 S. 164. Vgl. unten Bd. 3 § 173 Anm. 6, B.G.B. § 2027.

10) Altüberkommene Beweisregel war: negativa non sunt probanda. Sie wurde von Weber a. a. O. §§ 9 ff. und Bethmann-Hollweg, Versuche n. 5 S. 324 ff. bekämpft und ist seitdem fast verdrängt. Die Quellen sind jedoch der Regel günstig. l. 2 D. de prob. 22, 3, Paulus libro 69 ad edictum: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. erklärt man freilich so, daß wer ein *Recht* geltend mache, zu beweisen habe. Mag dies auch richtig sein, so gehen die Äußerungen von Diokletian sicher davon aus, daß negative *Tatsachen* nicht beweisbar seien, l. 23 C. de prob.

fertigt, vom Darlehnsgläubiger, welcher für den Fall nichtpünktlicher Berichtigung der Zinsen das Recht der Kündigung des Kapitals hat und hiervon Gebrauch macht, den Beweis der Nichtberichtigung der Zinsen, oder vom Vermieter, welcher das Recht der Exmission des Mieters bei Nichtzahlung des Mietzinses hat, den Beweis dieser Nichtzahlung zu verlangen. Ein solcher Beweis läßt sich in der Regel nicht führen. Den Gläubiger zu nötigen, zuvörderst die Zinsen einzuklagen, weil dabei dem Beklagten der Beweis der Zahlung des Geschuldeten obliegt, und erst nach rechtskräftiger Verurteilung auf Zinsenzahlung die Kündigungs- oder Exmissionsklage anzustellen, ist zweckloser Umweg.[11] [12]

Es gibt jedoch Fälle, in welchen der Kläger seine negativen Behauptungen beweisen muß und zwar aus dem Grund, weil der Richter in Ermangelung dieses Beweises das Gegenteil annehmen muß. Ist z. B. eine angebliche Schuld gezahlt, so wird sie damit vom Zahlenden anerkannt und der Richter muß daher annehmen, daß die Schuld bestand. In diesem Falle muß daher der Zahlende, welcher die Existenz der Schuld, auf die er zahlte, leugnet, deren Nichtexistenz beweisen.[13]

3. Die juristischen Tatsachen lassen sich häufig nur durch *Schlußfolgerungen* aus anderen Tatsachen erhärten, die zugestanden oder bewiesen sind. Diese Schlußfolgerungen können auf allgemeinen Erfahrungssätzen beruhen, über deren Anwendung der Richter frei befindet; dann spricht man wohl von *tatsächlichen Vermutungen*. Häufig aber weist das Gesetz den Richter an, aus einer bestehenden Tatsache eine andere zu folgern, sei es, daß es die Schlußfolgerung für überzeugend oder im Interesse der Sicherheit des Verkehrs oder aus anderen Gründen für nützlich hält. Hierin liegen *Rechtsvermutungen*[14] — praesumtiones juris, — welche die Beweislast erheblich beeinflussen. Sie sind *einfache*, wenn sie, was in der Regel anzunehmen ist, durch

4, 19 . . . cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit, l. 10 C. de non numerata pecunia 4, 30 . . . negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est.

11) Gleiches Ergebnis Seuff. A. Bd. 43 n. 13 (R.G.).

12) Andere noch schlagendere Beispiele sind: die gesetzliche Erbfolge gründet sich darauf, daß kein Testament des Erblassers vorhanden ist; aber der gesetzliche Erbe hat dies nicht zu beweisen; ferner daß kein näherer erbberechtigter Verwandter existiert; aber er genügt seiner Beweispflicht, wenn er seine Verwandtschaft mit dem Erblasser in einem die Erbfolge ermöglichenden Grade dartut. R.G. Bd. 8 S. 172. Vgl. weiter die Fälle bei Seuffert, Archiv Bd. 34 S. 161, R.G. Bd. 1 S. 382. Siehe auch Knierim, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Zahlung eines angemessenen Kaufpreises 1896 S. 117.

13) l. 25 pr. D. de prob. 22, 3.

14) Burckhard, die zivilistischen Präsumtionen 1866, Ferrini, presumzioni in diritto romano, rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 14 S. 258 ff., C.P.O. § 292.

Gegenbeweis widerleglich sind.[15] Es gibt aber auch unwiderlegliche Rechtsvermutungen, bei welchen der Gegenbeweis ausgeschlossen ist — praesumtiones juris et de jure.[16]

4. Durch welche Mittel Beweise geführt werden, ist im Prozeßrecht zu zeigen. Die hauptsächlichen Beweismittel sind: richterlicher Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid. Außergerichtliche Geständnisse und Indizien bilden Unterlagen des Urteiles, sind aber selbst Gegenstand des Beweises, nicht Beweismittel.[17]

5. Im gemeinen Prozeß bestanden allgemeine Regeln, nach welchen der Richter die vorgebrachten Beweise abzuschätzen hatte. Gemäß der C.P.O. würdigt aber der Richter die Beweise nach freier Überzeugung. Unterlage des Urteiles kann auch die unvordenkliche Zeit bilden.

§ 160. Die unvordenkliche Zeit.[1]

1. Was seit Menschengedenken wie ein Recht bestand, gilt als rechtmäßig begründet. Es hat für sich die Gewähr der unvordenklichen Zeit oder, wie man auch sagt, der unvordenklichen Verjährung — praescriptio immemorialis.

2. In Rom sicherte die unvordenkliche Zeit gewisse Verhältnisse des Grundeigentums, die aus uralten Zeiten, zum Teil der ersten Ansiedelung, stammten und deren ursprüngliche Begründungstitel verschollen waren. Es waren dies öffentliche Wege,[2] ferner Anlagen, welche die Wasserläufe regelten, endlich Wasserleitungen.[3] Die gemeinrechtliche Praxis läßt, gestützt auf kanonisches Recht und deutsche Rechtsanschauung, allen unvordenklichen, einer rechtlichen Fixierung fähigen, dauernden Zuständen Schutz angedeihen.[4] Positive Rechte und

---

15) Vgl. z. B. C.P.O. §§ 167 Abs. 2, 437, 440.

16) Vgl. H.G.B. § 344 Abs. 2. Sie berühren sich mit den Fiktionen — oben § 38 Anm. 6 — vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 24.

17) Vgl. C.P.O. §§ 282 ff. Die Literatur über die Beweismittel siehe bei Seuffert, C.P.O. §§ 282, 283.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen 1828 Bd. 2 S. 3 ff.; P. H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1835; Arndts Beiträge I. 3 — ziv. Schriften I. 8; Savigny Bd. 4 S. 480; A. Schmidt, ziv. Abh. S. 169; Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1843; Leonhard, Gutachten des dsch. Juristent. 1882 Bd. 1 n. 12; Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 35 IV. B.G.B. erwähnt die „unvordenkliche Zeit" nicht. Sie bleibt auch unter seiner Herrschaft wichtig für die dem Landesrecht überlassenen Materien und hiervon abgesehen für Zustände, die vor seinem Inkrafttreten über Menschengedenken hinaus bestanden.

2) l. 3 pr. D. de locis et itin. publ. 43, 7.

3) l. 1 § 23 D. de aqua pluvia 39, 3, l. 2 pr. D. eod.; Burckhard, die a. aquae pluviae arcendae 1881 S. 362. — l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43, 20. l. 26 D. de a. aquae pluviae 39, 3.

Befreiungen von Rechten, Zustände des Grundeigentums und obligatorische Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen,[5] Befugnisse rein privatrechtlicher Natur und solche publizistischer Art, z. B. Steuerbefreiungen, finden daher ihre Gewähr in der Unvordenklichkeit. Sie ersetzt den Nachweis von Privilegien wie von privaten Titeln.

3. Es ist ein Doppeltes erforderlich:

a) Es muß *positiv* feststehen, daß der Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen dauerte.[6] Die Praxis fordert hierfür 40 Jahre.

b) Es ist *negativ* zu erweisen, daß keine sichere Kunde von einem anderen Zustande im menschlichen Gedächtnisse lebt.[7] Dies läßt sich direkt nur dartun durch Zeugen. Sie müssen bereits vor 40 Jahren von dem fraglichen Verhältnisse Kunde gehabt haben und bezeugen, einmal, daß der Zustand mindestens 40 Jahre stetig dauerte, und zweitens, daß sie von einem anderen Zustande aus der früheren Zeit nichts wissen, auch nichts darüber von den Vorfahren gehört haben.[8]

Nach rationeller Praxis haben Urkunden, welche das Bestehen des Zustandes durch zwei Generationen dartun, die gleiche Bedeutung wie solche Aussagen.

Die Übung muß die eines *Rechtes* gewesen sein. Es darf sich also nicht um Ausnutzung einer bloßen Vergünstigung oder um eine bewußte Usurpation gegenüber Nachgiebigkeit oder Nachlässigkeit gehandelt haben.[9] Bilden entsprechende Zustände allgemein oder lokal der Regel nach Gerechtsame, so ist der Rechtscharakter der Übung anzunehmen, sonst hat ihn der Präskribent zu erweisen.

Tatsachen, welche eine *unrechtmäßige Entstehung* dartun,

---

4) Savigny S. 510 behauptete, die unvordenkliche Zeit komme nur in Betracht bei Verhältnissen *publizistischen* Charakters. Aber dieser Gesichtspunkt ist nicht einmal für das römische Recht schlechthin entscheidend. Gemeinrechtlich hat unser Institut zweifelsohne eine viel weiter gehende Anwendung.

5) R.G. Bd. 26 S. 171.

6) Es wird „vetustas" erfordert. Aber nicht überall, wo die Autorität der vetustas angerufen wird, ist von unvordenklicher Verjährung die Rede, vgl. Schmidt a. a. O.

7) l. 28 D. de probationibus 22, 3. Labeo libro 7 pithanon a Paulo epitomatorum. Paulus . . . cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fierit neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter·susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret.

8) Nicht bloß, was die Zeugen selbst von ihren Vorfahren hörten, sondern auch was diese von den Vorfahren vernahmen und weiter den Zeugen berichteten, kommt in Betracht, l. 28 D. de prob. cit.; doch ist dies bestritten, vgl. Savigny S. 535. Was über zwei Generationen hinausliegt, ist nur zu beachten, falls der ununterbrochene Zusammenhang mit dem jetzigen Zustande feststeht. Dies ist innerlich berechtigt und entspricht der Jurisprudenz.

9) R.G. Bd. 17 S. 123.

entkräften die Unvordenklichkeit. Reichen sie in die Zeit vor zwei Generationen hinauf, so ist dies aber nur dann der Fall, wenn sich der spätere Zustand nachweisbar fortgesetzt auf jenen Anfang gründete.

4. Streitfrage ist, ob die Unvordenklichkeit als wahre Verjährung oder als Vermutung dereinstiger rechtmäßiger Entstehung aufzufassen ist. Das Letztere ist das Richtige. Das Recht gilt als altbegründet, nicht als jetzt geschaffen. Unvordenklicher Adel z. B. ist alten, nicht neuesten Datums.[10]

Daher schützt die unvordenkliche Zeit auch Rechte, die derzeit nicht mehr begründbar wären, sofern sie in alten Zeiten legal in das Leben treten konnten. Gerechtsame, welche das jetzige Recht absolut ausschließt, finden aber auch in der Unvordenklichkeit keinen Schutz.

IV. Das Urteil über die Streitsache.

§ 161. Formelle und materielle Rechtskraft.

1. Ziel und normales Ende des Prozesses ist das rechtskräftige Urteil.

Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft. Formell rechtskräftig ist das Urteil, wenn es den anhängigen Prozeß endgültig schließt. Dasselbe muß also die Streitsache selbst entscheiden und darf nicht mehr durch prozessualische Schritte anfechtbar sein, welche an eine Frist gebunden sind und die Fortsetzung des Prozesses vermitteln.[1] Dahin gehörende Rechtsmittel sind nach der C.P.O. die Berufung und die Revision an das Reichsgericht;[2] bei Versäumnisurteilen hemmt der Einspruch die Rechtskraft. Nicht gehindert wird die Rechtskraft durch die Möglichkeit einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage oder einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Rechtsmittelfrist. Auf diesem Wege kann also nur die Beseitigung des rechtskräftig gewordenen Urteils erzielt werden.

10) Die Gegner legen Gewicht darauf, daß das kanonische Recht die Unvordenklichkeit als „praescriptio“ bezeichnet, l. 1 de praescr. in 6to 2, 13, und daß die Reichsgesetze von unvordenklicher „Verjährung“ reden. So z. B. Windscheid Bd. 1 § 113 Anm. 4. Es hat dies aber wenig zu bedeuten, da man „praescriptio“ wie „Verjährung“ in sehr weitem Sinne zu gebrauchen pflegte. Eine wahre Verjährung nehmen an Unterholzner, Pfeiffer Bd. 2 S. 80, Windscheid a. a. O. Anm. 4. Für eine Vermutung erklärten sich die meisten Schriftsteller des vorigen und jetzigen Jahrhunderts, vgl. die bei Leonhard a. a. O. S 272 Angeführten, wie auch Hölder, Pand. § 38.

1) C.P.O. § 705 unterscheidet „Rechtsmittel“ und „Einspruch“.

2) Vgl. R.G. Bd. 6 S. 381.

Die formelle Rechtskraft ist Vorbedingung der materiellen.[3] Diese ist die Eigenschaft des Urteiles, wonach sein Inhalt unter den Parteien Recht ist.

2. Das Urteil bezweckt gewöhnlich nicht, neues Recht zu begründen;[4] es ist vielmehr authentische Deklaration des bestehenden Rechtes. Das Urteil z. B. über eine Eigentumsklage zu Gunsten des Klägers bildet keinen neuen Erwerbstitel, sondern nur Anerkennung des im Prozesse geltend gemachten Titels.[5]

Allerdings trifft das rechtskräftig Festgestellte nicht immer mit dem materiellen Recht überein. Denn oft fehlen den Parteien die Beweise für ihr Recht; häufig führen sie ihre Sache schlecht; es kann auch der Richter in der Beurteilung irren. Dies alles kommt aber für den Staat nicht mehr in Betracht. Er hat den Parteien das Verfahren eröffnet, um ihre Rechte zu wahren; er gab ihnen Gelegenheit, die Sache mehrfach gerichtlich prüfen zu lassen. Für ihn ist sie durch das rechtskräftige Erkenntnis erledigt; sie ist liquid d. h. für ihn klar gestellt. Denn daß die Rechte zur Unanfechtbarkeit durch gerichtliches Erkenntnis gelangen können, ist von höchster Bedeutung für die bürgerliche Gesellschaft. Dieser Vorteil läßt sich aber nur dadurch erkaufen, daß unter Umständen auch ein unrichtiger Spruch unanfechtbar wird.

3. Das verurteilende rechtskräftige Erkenntnis verleiht dem Rechte des Klägers noch andere Eigenschaften. Es begründet dessen Vollstreckbarkeit.[6] [7] Auch werden durch die rechtskräftige Verurteilung

---

3) Die Literatur über die Rechtskraft des Urteils ist besonders reich. Eingehend behandelt diese Lehre Savigny Bd. 6 S. 267 ff. Vgl. auch die dort angeführten Schriften; des weiteren Pfeiffer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 37 n. 4 und n. 10; Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853; Krüger, prozessualische Konsumtion 1864; Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae 1875. Seit Inkrafttreten der C.P.O. Freudenstein, die Rechtskraft 1881; Klöppel, die Einrede der Rechtskraft 1882; Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1887 Bd. 1 S. 254; Sal. Tobler, Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Berl. Inaug.Diss. 1892; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.

4) l. 8 § 4 D. si servitus vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Es gibt Urteile, welche den Zweck haben, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, z. B. die über Teilungsklagen, Ehescheidungsurteile; dies sind besondere Fälle. Vgl. oben § 134 Anm. 2 S. 310.

5) l. 25 D. de statu hominium 1, 5, Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam . . . res judicata pro veritate accipitur. Savigny S. 261 bezeichnet die Rechtskraft als „Fiktion der Wahrheit", eine Formel freilich, die nicht glücklich ist, denn Wahrheit und Fiktion stehen in unversöhnlichem Gegensatze. Vgl. Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 62 S. 95; Klöppel a. a. O. S. 61.

6) C.P.O. § 704.

7) Die Römer sprechen von einer obligatio, quae ex causa judicati descendit, l. 4 § 7 D. de re judicata 42, 1, von judicati actio l. 4 § 2 D. cit.

an und für sich unverzinsliche Ansprüche verzinslich.[8] Kurz verjährbare Rechte ferner unterliegen nach der Verurteilung der Verjährung von 30 Jahren.

4. Verurteilende wie absolutorische Erkenntnisse begründen die exceptio rei judicatae.

§ 162. Die exceptio rei judicatae.

1. Man unterscheidet eine negative und eine positive Funktion der exceptio rei judicatae.[1] In ihrer negativen Funktion beruft sie sich auf das Dasein eines früheren Urteiles über die Sache, um die Erneuerung des Streites auszuschließen, in ihrer positiven Funktion bringt sie den Inhalt des früheren Urteiles zur Geltung.

2. Die römische exceptio rei judicatae war grundsätzlich negativer Funktion.

Die Römer gingen von dem Satze aus, daß über dieselbe Streitsache nicht zweimal gestritten werden solle. Die einmal angestellte Klage verbrauchte — konsumierte — den eingeklagten Rechtsanspruch. Er war im Anspruch auf Verurteilung des Beklagten im anhängigen Prozesse aufgegangen. Siegte der Kläger, so hatte er die actio judicati und bedurfte einer Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechte in der Regel nicht mehr; war er abgewiesen, so sollte die Abweisung eine endgültige sein.[2] Dementsprechend lautete die exceptio rei judicatae zur Zeit des Formularprozesses: si ea res q. d. a. judicata vel in judicium deducta non est inter A^m A^m et N^m N^m. Im Grunde schnitt schon die Litiskontestation — res in judicium deducta — jede Erneuerung der Klage ab. Die Berufung

8) l. 3 D. de usuris rei judicatae 7, 54, l. 13 C. de usuris 4, 32. Gemäß dem justinianischen Rechte hatte der Beklagte nach dem Urteile 4 Monate lang keine Zinsen zu zahlen, später liefen 12 %. Dies war nie gemeinrechtlich und ist jedenfalls durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 4 ausgeschlossen. So auch Windscheid Bd. 1 § 129 Anm. 5b.

1) Diese Ausdrücke hat Keller in „Litiskontestation und Urteil" gewählt, und sie sind eingebürgert. Keller hebt S. 223 hervor: „Wenn wir von verschiedenen Funktionen der exc. rei judicatae sprechen, so kann das natürlich nicht in Beziehung auf die endliche Wirkung, den Erfolg der Einrede geschehen, denn dieser ist bei allen Exzeptionen immer derselbe, nämlich Abweisung der Klage; wohl aber kann eine bestimmte Exzeption bald aus diesem, bald aus jenem Grunde erteilt werden — also bald bloß zum Zweck der Zerstörung, der Konsumtion, bald zur Geltendmachung des positiven Inhaltes des Urteiles."

2) Alter Rechtsspruch war: bis de eadem re ne sit actio, vgl. Bekker, Konsumtion § 4; Krüger, Konsumtion § 1. Die legis actiones konsumierten hiernach den früheren Anspruch ipso jure; in der Zeit des Formularprozesses trat die Konsumtion ipso jure nur bei den actiones in personam legitimo judicio ein, bei anderen Klagen aber ope exceptionis, Gaj. Inst. III § 180, IV § 106.

auf die Aburteilung war streng juristisch nach klassischem Rechte nicht einmal notwendig. Indessen praktisch stützte sich der Beklagte, wenn die Sache einmal abgeurteilt war, lieber auf das Urteil, dessen Urkunde sich auch ohne Zweifel länger erhielt, als andere Prozeßschriftstücke. Berufung auf das Urteil war notwendig, falls die Sache nicht eingeklagt und dennoch abgeurteilt war, z. B. wenn der Richter eine vom Beklagten zur Kompensation vorgeschützte Gegenforderung als nichtbestehend zurückgewiesen hatte.[3]

Im justinianischen Rechte geschah die Konsumtion nicht mehr durch die Litiskontestation, sie ist hier Folge des Urteiles.

3. Man streitet darüber, ob die exceptio rei judicatae in Rom auch eine positive Funktion annahm, ob sie also einen Doppelcharakter gewann?[4] Grundsätzlich blieb sie Organ der Konsumtion, aber in Einzelfällen hat man dem praktischen Bedürfnis und der Billigkeit nachgegeben und den Inhalt des früheren Urteiles zur Geltung gebracht. Hiernach milderte man einerseits Härten, die sich aus der negativen Funktion der exceptio rei judicatae ergaben,[5] und gewährte die exceptio andererseits auch in Fällen, in welchen es sich nicht einfach um die Wiederholung einer früheren Klage handelte.[6]

4. Die Hauptfrage war, wann liegt Identität der Streitsachen — eadem res — vor?

Zunächst hielt man sich an die Gestalt der actio. War dasselbe Objekt früher eingeklagt und zwar mit der gleichen Klage, so

---

3) Keller, Litiskontestation S. 209, und auch die späteren Schriftsteller nahmen an, es habe zwei Exzeptionen gegeben, nämlich rei in judicium deductae und rei judicatae. Mit Recht hat aber Lenel, edictum perpetuum S. 404, bemerkt, daß Gajus stets nur von einer exceptio zu melden weiß, vgl. Gaj. Inst. III § 181, IV §§ 106, 107, 121. Dagegen freilich Eisele, Abh. z. röm. Zivilprozeß S. 4.

4) Keller, Litiskontestation §§ 28 ff., verteidigte die Ansicht, daß die exceptio rei judicatae die beiden Funktionen im klassischen Rechte vereinigte. So auch Savigny Bd. 6 S. 20 ff. Dagegen hat Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853, ausgeführt, daß die exceptio rei judicatae nur eine negative Funktion im römischen Rechte gehabt habe, vgl. auch Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 2 S. 347, Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 136; Brinz Bd. 1 S. 319; Bekker, Savigny-Ztschrft rom. Abtlg. Bd. 21 S. 339. Andererseits siehe Windscheid, actio § 10; Krüger S. 136; Rümelin a. a. O.

5) Die allgemeine Betrachtung von Paulus, libro 70 ad edictum, l. 6 D. de exc. rei jud. 44, 2, ruht auf der Idee der Konsumtion: Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. Ob parere hier gleich apparere, d. h. sie kommt oft zum Vorschein, steht, oder parĕre heißt, d. h. es wird eine exceptio erzeugt, ist bestritten.

6) Restitution erwähnt l. 2. l. 11 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2. Replikation l. 24 D. cit. Eingehende Untersuchungen in dieser Hinsicht gibt Keller a. a. O. §§ 57 ff.

schien eadem res mit Händen zu greifen. Aber daß dies nicht ausreichte, muß früh klar geworden sein. Denn nach der Entwicklung des Aktionensystems wurde es möglich, daß derselbe Anspruch durch verschiedene Klagen zur Geltung gebracht werden konnte. Andererseits war häufig für ganz verschiedene Ansprüche die actio gleichlautend.[7]

Julian betrachtete daher als entscheidend, ob dieselbe Frage — quaestio — Gegenstand des späteren Prozesses wie des früheren sei.[8] Eine präzise Formulierung dessen, was er unter der „gleichen Frage" dachte, hat er indessen nicht versucht. Die allgemeine Wendung ließ die Sache im Dunkeln. Spätere erklärten, es müsse sich um dasselbe Recht und um dasselbe Objekt handeln.[9] Im einzelnen folgte man einem gewissen praktischen Gefühl; an Streitfragen fehlte es nicht.

Übereinstimmend unterschied man zwischen dinglichen und persönlichen Klagen.

a) Bei den dinglichen Klagen legte man für die Regel das Hauptgewicht auf die Identität des Streitobjektes und der Klage.[10] Die Verschiedenheit des Erwerbsgrundes wurde nicht in Betracht gezogen.[11]

Wenn aber der früher abgewiesene Eigentumskläger später das Eigentum erwarb, so konnte er, gestützt auf den neuen Erwerbsgrund, die früher vindizierte Sache wiederum vindizieren.[12] War ferner der Eigentumskläger abgewiesen, weil der Beklagte nicht besaß, so konnte er auf das Neue vindizieren, wenn dieser später den Besitz der Sache erlangte.[13] Hatte endlich der Kläger „expressa causa", z. B. auf Grund einer Spezifikation, ausdrücklich vindiziert und war abgewiesen, so durfte er die Vindikation, gestützt auf andere Erwerbsgründe, z. B. ein Legat, erneuen.[14]

7) Vgl. l. 8, l. 11 § 3, l. 26 § 1 D. h. t. 44, 2.

8) l. 3 D. h. t. 44, 2, l. 7 § 4 D. eod., vgl. auch l. 30 D. eod. Es handelte sich für Julian vorzugsweise darum, daß es auf dasselbe genus judicii nicht ankomme; es genüge, meint er, daß in den beiden Prozessen um dieselbe Frage gestritten werde. Eine grundsätzliche Anerkennung der positiven Funktion der Rechtskraft, die namentlich Savigny S. 417 ff. hier sucht, ist unseres Ermessens in Julians Ausspruch nicht zu finden. Derselbe ist nur nach der negativen Seite bestimmt; positiv gibt seine Antwort wenig. Denn das ist eben die Frage, wann man anzunehmen hat, es handle sich in beiden Prozessen um dieselbe Frage.

9) l. 12 D. h. t. Paulus libro 70 ad edictum. Cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, l. 13 Ulpianus libro 75 ad edictum: quantitas eadem, idem jus.

10) Vgl. hierüber namentlich l. 7 D. h. t. 44, 2.

11) l. 11 pr. § 1, § 5 D. h. t. 44, 2, l. 30 pr. D. eod.

12) l. 11 § 4 D. h. t. 44, 2.

13) l. 9 pr., l. 17, l. 18 D. h. t.

14) Vgl. oben § 151.

b) Die Identität der persönlichen Klagen bemaß man dagegen an erster Stelle nach der Identität des Entstehungsgrundes — der causa.[15] Auch dasselbe Klageobjekt sollte vorhanden sein; allzu genau nahm man es mit der Identität des Objektes nicht.[16]

§ 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht.

I. Dem gemeinen Rechte war der Satz fremd, daß das Klagerecht durch Anstellung der Klage, beziehungsweise durch Urteil über dieselbe konsumiert sei. Die exceptio rei judicatae in ihrer negativen Funktion gehört infolgedessen dem heutigen Recht nicht mehr an.[1]

II. Die Rechtskraft hat nur die Folge, daß der Inhalt des früheren Urteils dauernd maßgebend ist.

1. Die Klage macht aber nicht mehr wie in Rom ein bestimmtes typisches Recht geltend, z. B. ob Eigentum bestehe oder nicht bestehe, sie verlangt vielmehr einen Rechtsspruch darüber, ob die vorgebrachten Tatsachen den Klageantrag rechtlich begründen. Ansprüche, welche sich aus anderen rechtsbegründenden Tatsachen herleiten, werden daher durch denselben nicht berührt.[2] Hiernach hindert die Abweisung einer Eigentumsklage deren Wiederanstellung, gestützt auf eine andere causa, nicht. Die römische Unterscheidung zwischen a. in rem und in personam ist also nicht mehr festzuhalten.

2. Eine Streitfrage gewann im gemeinen Rechte große Bedeutung. Zur Rechtfertigung seines Klageantrages muß der Kläger häufig die Existenz eines Rechtsverhältnisses tatsächlich begründen und nachweisen, welches eine Vorfrage für den Klageanspruch bildet. Klagt man z. B. Zinsen ein, so ist zur Begründung der Klage der Nachweis einer Kapitalforderung nötig. Wird nun, dies ist die Frage, bloß das Urteil über den Klageantrag — also über die eingeklagten Zinsen — rechtskräftig, oder auch die Entscheidung über das ihn bedingende Rechtsverhältnis — also über das Kapital. Das Letztere hat gute Gründe für sich. Der Richter muß sich infolge des Klageantrages mit der Vorfrage befassen, er hat sie gründlich und vollständig zu er-

15) l. 14 § 2 D. h. t. oben abgedruckt § 151 Anm. 3.

16) l. 14 pr. D. h. t., vgl. auch l. 25 § 1 D. h. t.

1) Der in einem früheren Verfahren verurteilte Schuldner kann gleichwohl nur dann noch einmal verurteilt werden, wenn der Gläubiger, wie z. B. bei auswärtigen früheren Urteilen der Fall sein kann, an nochmaliger Verurteilung ein berechtigtes Interesse hat. R.G. Bd. 16 S. 434.

2) Wir setzen hierbei voraus, daß die Klage auch nach der C.P.O. dasselbe Wesen hat, wie nach gemeinem Recht, vgl. oben § 152. Siehe auch mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 137. Einverstanden Planck a. a. O. S. 259.

örtern, zu prüfen und zu entscheiden. Der Staat behandelt daher mit Fug das Ergebnis, zu dem seine Organe bezüglich jener Vorfrage schließlich kommen, als Recht zwischen den Parteien. Dies wurde auch auf Grund der Autorität Savignys[3] im gemeinen Rechte herrschende Ansicht.[4] Indessen fehlte es nicht an Gegnern. Man machte praktische Bedenken geltend. Man hob hervor, daß die Parteien dem Prozesse leicht, wenn es sich nach dem Klageantrage nur um Minderes handelt, nicht volle Aufmerksamkeit widmeten und schließlich durch die größere Tragweite der Entscheidung überrascht würden.[5]

Hiernach verfügt die C.P.O. § 322 nunmehr, daß Urteile der Rechtskraft nur so weit fähig sind, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen *Anspruch* entschieden ist. Damit wird die Rechtskraft auf den *Gegenstand des Klageantrags* beschränkt.[6]

Aus ähnlichen Gründen war streitig, ob die Entscheidung über eine *Einrede* Rechtskraft für die *Klage* habe, die sich auf *dasselbe Fundament* gründet. Nach der bisherigen C.P.O. § 293 sollte dies nur bei Entscheidungen über eine mittels Einrede geltend gemachte *Gegenforderung* der Fall sein.[7] [8] Die neue Zivilprozeßordnung hat dies noch weiter auf die Entscheidung beschränkt, daß die Gegenforderung *nicht* besteht.[9]

Was aber von Rechts wegen nicht eintritt, kann jede der Prozeßparteien durch besondere *Inzidentfeststellungsklage* herbeiführen. Denn es kann bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, der Kläger durch Erweiterung des Klageantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Teile abhängt, durch richterliches Erkenntnis festgestellt werde.[10]

3. Die Urteile enthalten zwei äußerlich gesonderte Teile:[11]

---

3) Savigny Bd. 6 S. 350 ff., S. 429 ff.

4) R.O.H.G. Bd. 5 S. 84. Das R.G. Bd. 6 S. 415 legt diese Ansicht bei der Beurteilung der Rechtskraft von Urteilen zu Grunde, welche vor Inkrafttreten der C.P.O. ergangen sind.

5) Wetzell, Zivilprozeß § 47 bei Note 94 ff.; Unger Bd. 2 S. 639.

6) Unbestritten ist auch dies nicht. Anderer Ansicht ist namentlich Klöppel a. a. O.

7) Vgl. R.G. Bd. 8 S. 105, siehe auch Bd. 7 S. 107.

8) Über die Rechtskraft, wenn Teile einer Forderung eingeklagt oder zur Kompensation gestellt sind, vgl. Schollmeyer im Archiv f. z. Pr. Bd. 76 S. 439 und dort Angeführte.

9) § 322 Abs. 2 der neuen Fassung.

10) C.P.O. § 280.

11) C.P.O. § 313 Ziff. 5.

a) eine Urteilsformel — Tenor, Dezisum; dieser Teil stellt das unmittelbar praktische Resultat fest, zu welchem der Richter gelangt, z. B.: „Beklagter wird für schuldig erklärt, 1000 Mark mit 5 % Zinsen zu zahlen", oder: „Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen".

b) Außerdem gibt das Urteil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes unter Hervorhebung der gestellten Anträge — den Tatbestand —, woran sich die Entscheidungsgründe anschließen.

Viele betrachten die „Entscheidungsgründe" nur als eine Darlegung der Motive der richterlichen Entscheidung, welche infolgedessen der Rechtskraft nicht bestimmt und nicht fähig seien. In der Tat aber nehmen die Entscheidungsgründe oft die Entscheidung über den eingeklagten Anspruch in sich auf, so daß sie notwendig Rechtskraft gewinnen müssen. Denn die Redigierung der Urteilsformel verfolgt bloß den Zweck, das unmittelbar praktische Ergebnis des Urteils in kurzer Formulierung zu verkünden, und dies führt dazu, alle weiteren Entscheidungen in die Entscheidungsgründe zu verweisen. Waren z. B. 1000 eingeklagt und werden dem Kläger 500 in der Urteilsformel zugesprochen, so ist damit festgestellt, was liquid und vollstreckbar ist. Ob aber ein bloßes Teilurteil bezweckt ist, welches dem Kläger die weitere Geltendmachung des Restes nicht benimmt oder ob der Rest als nicht geschuldet abgesprochen wurde, das ergeben allein die Entscheidungsgründe. Im letzteren Falle steht einer erneuten Klage auf den Rest die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache entgegen. Sie stützt sich offenbar nicht auf die Urteilsformel, welche hierüber nichts enthält, sondern auf die Entscheidungsgründe.[12]

4. Aus der Rechtskraft des Urteils folgt, daß jede neue Klage, welche mit seinem Inhalt in Widerspruch steht, unzulässig ist.[13] Nicht minder kann aber auch das rechtskräftig Entschiedene als staatlich anerkannte Wahrheit spätere Klagen begründen.[14] Insbesondere können hierzu Urteile über Feststellungsklagen dienen.[15]

12) Für die Gegenansicht beruft man sich vorzugsweise darauf, daß in der Reichstagskommission ein Satz des Regierungsentwurfes gestrichen wurde, welcher die Rechtskraft der Entscheidungsgründe ausdrücklich anerkannte. Dies bewirkte aber nur, daß die Frage eine offene blieb, vgl. Klöppel a. a. O. S. 31, Hellmann a. a. O. S. 333.

13) Über die Frage, ob die Rechtskraft nur eine verzichtbare Einrede gegen die neue Klage gewährt oder ob sie absolut wirkt und von dem Richter von Amts wegen beachtet werden muß, vgl. namentlich Bülow, absolute Rechtskraft des Urteils, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 n. 1; Schwartz, absolute Rechtskraft u. heut. deutsches R., in der Berliner Festgabe f. Dernburg 1900; Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung der Rechtskr. § 21.

14) Dem römischen Rechte war dieser Satz fremd; Pfeiffer im Archiv für ziv.

§ 164. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte.

Das Urteil wirkt nur für und gegen die Prozeßparteien, welche den Ausfall der Verhandlung mitbestimmen konnten.[1] Dritten schadet und nützt es in der Regel nicht.[2 3] Es wirkt jedoch über die Parteien hinaus:

a) im Falle einer Rechtsnachfolge. Und zwar hat es unbedingt Rechtskraft für und gegen Universalsuccessoren der Parteien.[4] Für und gegen ihre Singularsuccessoren wirkt es nur, wenn dieselben nach dem Beginn des Prozesses succedierten.[5]

b) Die Gutheißung einer fremden Prozeßführung über unsere Sache bindet uns an das auf Grund derselben erfolgte Urteil. Solche

---

Praxis Bd. 37 S. 251. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 131 Anm. 1 und dort zitierte Schriftsteller.

15) C.P.O. §§ 256, 280. Ist z. B. die negative Feststellungsklage des A., daß B. nicht Erbe des X. sei, aus dem Grunde abgewiesen, weil B. der Erbe sei, so kann B. hierauf gestützt von A. Herausgabe der Erbschaft fordern.

1) Vgl. über dies Erfordernis der s. g. subjektiven Identität Savigny Bd. 6 S. 466; Binder, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, 1895; Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 40 n. 5; Wach und Laband, zur Lehre von der Rechtskraft 1899; A. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 1901 S. 303 ff.; vor allem aber Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.

2) l. 2 C. quibus res judicata non nocet 7, 56 Imp. Gordianus. Res inter alios judicatae neque emolumentum adferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent inrogare, ideoque nepti tuae praejudicare non potest, quod adversus coheredem ejus judicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est. l. 1 D. de exc. rei judicatae 44, 2, l. 22 D. eod. Strafrechtliche Urteile haben keine bindende Kraft für den Zivilrichter, Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 1. Aber sie können dessen Überzeugung bestimmen.

3) Urteile, die für und gegen Vertreter gefällt sind, machen Rechtskraft für und gegen die Vertretenen. Dies gilt namentlich auch hinsichtlich gesetzlicher Vertretungen. Vgl. Hellwig § 4. Es gehören hierher Prozesse der Gemeinden wegen der Rechte und Pflichten, die Gemeindegenossen als solche haben, oben § 61 Anm. 12.

4) l. 28 D. h. t. 44, 2. Papinianus libro 27 quaestionum. Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est, l. 9 § 2, l. 11 § 3, 9 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

5) Savigny Bd. 6 S. 270, vgl. Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 3, behauptete, es sei vorausgesetzt, daß das Urteil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege. Daß es aber darauf ankommt, ob der Erwerb vor oder nach der Klageerhebung geschah, bezeugt Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 10 D. h. t. 44, 2. Item si rem, quam a te petierat. Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei judicatae. Unerheblich ist, was Windscheid a. a. O. hiergegen vorbringt. Die l. 29 § 1 D. eod. Papinianus libro 11 responsorum steht hiermit nicht in Widerspruch, denn in dem entschiedenen Falle war das Pfandrecht gleichfalls vor dem Prozesse, welcher für den Verpfänder ungünstig ablief, bestellt; höchstens ist die Motivierung im Schlußsatz cum pignoris conventio sententiam praecesserit nicht ganz scharf. Die Streitfrage ist nunmehr durch § 325 C.P.O. der neuen Fassung zu Gunsten der hier vertretenen Auffassung erledigt.

Gutheißung wird unter anderem in der wissentlichen Duldung der fremden Prozeßführung über eine Streitsache zu finden sein, die uns in erster Linie angeht.[6]

c) Das Urteil macht Recht für und gegen jedermann in Fällen, in welchen eine allgemein gültige Entscheidung über die Streitsache im öffentlichen Interesse liegt. Dies ist bei gewissen Statusprozessen der Fall.[7] Es hat insbesondere das dem angeblichen Vater gegenüber gefällte Urteil über die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes Rechtskraft für und gegen jeden.[8] Das Gleiche gilt für das unter Ehegatten über die Gültigkeit der Ehe gefällte Urteil.[9]

d) Die Eigenschaft als Erbe, welche er anderen Erbschaftsprätendenten gegenüber rechtskräftig erstritten hat, kann der Sieger Gläubigern und Vermächtnisnehmern gegenüber nicht verleugnen, wenn diese, gestützt auf jenes Urteil, ihn als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[10] [11]

V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

§ 165. Das römische Kompromiß.[1]

Die Parteien können durch Schiedsvertrag — Kompromiß — die Entscheidung ihrer Streitsachen freigewählten Schiedsrichtern — arbitri — übertragen.

Der Schiedsvertrag kann alle zwischen den Parteien obschwebenden Streitsachen umfassen — compromissum plenum[2] — oder sich auf

6) l. 63 D. de re judicata 42, 1. Siehe hierüber Freudentheil im Archiv für ziv. Praxis Bd. 42 n. 5, Binding ebendaselbst Bd. 47 n. 13, Binder a. a. O. §§ 8 ff., Hellwig a. a. O. § 67.

7) Savigny Bd. 6 S. 472 ff.

8) l. 1 § 16, l. 2 D. de agnosc. liberis 25, 3, vgl. ferner l. 25 D. de statu hominum 1, 5. Wer aber die Vaterschaft für sich selbst in Anspruch nimmt, wird durch die Entscheidung in dem früheren Prozesse, an dem er nicht Teil nahm, nicht berührt, Regelsberger Bd. 1 § 198 Anm. 4. Vgl. C.P.O. §§ 640, 643.

9) C.P.O. § 629.

10) l. 50 § 1 D. de legatis I. Vgl. unten Bd. 3 § 96.

11) Der Umstand, daß ein Recht mehreren ungeteilt zusteht oder mehrere zusammen verbindet, bewirkt keineswegs notwendig, daß der Prozeß, welchen einer der Gemeinschafter führt, Rechtskraft für oder gegen die anderen Beteiligten hat. Über l. 4 § 3, l. 19 D. de serv. 8, 5 siehe unten § 255 Anm. 7.

1) Tit. Dig. de receptis, qui arbitrium 4, 8, Cod. de receptis 2, 55. Keller, Institutionen S. 123; Weizsäcker, das römische Schiedsrichteramt 1879, Tüb. Inauguraldissertat.; Matthiaß, die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts 1888; Mayer, schiedsr. Verf. 1888; Haijum, d. Schiedsvertrag, Tüb. Inauguraldiss. 1892; Bornhak, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 30 S. 1.

2) l. 21 § 6 D. de receptis 4, 8. Der Ausdruck compromissum plenum wird von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht. In l. 31 in fine D. h. t. wird

einzelne Sachen beschränken. Bezüglich künftiger Rechtsstreitigkeiten ist er nur gültig, wenn er sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezieht.[3] Es muß sich um Sachen handeln, über welche die Parteien frei verfügen können.[4]

Das Kompromiß entspringt aus dem Belieben der Parteien und hat also seinen Boden im Privatrechte; aber es greift zugleich in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine staatliche Angelegenheit ist. Öffentlichrechtliche Gesichtspunkte machen sich daher bei diesem Verhältnis neben privatrechtlichen geltend.[5]

Für das römische Kompromiß waren erforderlich:

1. gegenseitige Strafstipulationen verpflichtungsfähiger Parteien.[6] Die Strafe war für den Fall zuzusagen, daß sie sich dem Schiedsrichter nicht gehörig zur Verhandlung stellten[7] oder seinem Schiedsspruche nicht Folge leisten würden.[8]

2. Annahme — receptum — des Schiedsrichteramtes seitens der erwählten Schiedsrichter.[9]

Der Prätor versprach im Edikte, den Schiedsrichter zur Durchführung seines Amtes zu zwingen, wenn er sich demselben trotz der Übernahme

---

als compromissum plenum dasjenige bezeichnet, „quod et doli clausulae habet mentionem".

3) l. 46 D. h. t., deren Tragweite freilich bestritten ist; siehe Weißsäcker a. a. O. S. 47. Jetzt entscheidet C.P.O. § 1026 die Frage. Vgl. Wach, Zivilprozeß Bd. 1 S. 68.

4) l. 32 §§ 6 und 7 D. h. t. 4, 8. C.P.O. § 1025. Ehesachen z. B. können nicht Gegenstand eines Kompromisses sein.

5) l. 1 D. h. t. Paulus libro 2 ad edictum. Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet, vgl. l. 81 D. de judiciis 5, 1, Paulus sent. V 5a § 1. Weißsäcker a. a. O. Daß in Rom der Schiedsspruch in höherem Grade privatrechtliche Natur behielt, als dies heutzutage der Fall ist, erklärt sich leicht. War doch selbst im ordentlichen Prozesse das Vertragselement von vorwiegender Bedeutung.

6) Das Normale war Versprechen einer bestimmten Geldsumme, l. 3 § 2 D. h. t. Später genügte die beiderseitige Unterwerfung unter irgend einen Vermögensnachteil für den Fall des Zuwiderhandelns gegen den Kompromiß. Ja die bloße Stipulation, dem Spruche zu gehorchen, reichte schließlich aus, da man im Falle des Zuwiderhandelns eine Klage auf das Interesse gab. l. 11 § 2 und 3, l. 27 § 7, l. 28 D. h. t. 4, 8. Dies alles lag im Rahmen des Institutes. Justinian aber schrieb dem eidlich bekräftigten Kompromiß in der l. 4 C. h. t. bindende Kraft zu, vgl. aber auch nov. 82 cap. 1, wo er den Gebrauch des Eides zu solchen Zwecken verbot. Er gab ferner dem Schiedsspruch Geltung, wenn ihn beide Parteien durch ihre Unterschrift anerkannten — laudum homologatum — und auch dann, wenn ihn kein Teil binnen zehn Tagen anfocht, l. 4 u. 5 C. h. t. Es waren dies Gesetze, die ganz abseits der Prinzipien des römischen Schiedsrichterinstitutes lagen.

7) l. 27 §§ 4, 6 D. h. t., vgl. l. 21 §§ 8 ff. D. h. t.

8) l. 23 § 2, l. 27 § 1, l. 52 D. h. t.

9) l. 13 § 2 D. h. t. Als einen Vertrag mit den Parteien haben die Römer das arbitrium recipere nicht aufgefaßt.

entziehen würde. Hierin betätigte sich das öffentliche Interesse am Schiedsrichterinstitut.[10]

Das Kompromiß hatte nur Geltung, wenn der erwählte Schiedsrichter zum Schiedsrichteramte fähig war. Es gab zahlreiche Gründe der Unfähigkeit.[11]

Trotz des Schiedsvertrages konnte der Kläger die Streitsache in Rom vor das staatliche Gericht bringen; aber er verfiel hierdurch in die Strafe des Kompromisses, dem er entgegengehandelt hatte.[12]

Auch das Urteil des Schiedsrichters wurde nicht rechtskräftig. Fügte sich ihm aber eine der Parteien nicht, so verfiel sie in die stipulierte Strafe, welche bei den staatlichen Gerichten einzuklagen war. Diese hatten die Strafe zuzusprechen, wenn die Zuwiderhandlung der Partei gegen den Schiedsspruch feststand.[13] Die Gerichte untersuchten also nicht, ob der Schiedsspruch dem Rechte entsprach.[14] Hatte aber der Schiedsrichter dolos gehandelt, so stand der Klage auf die Strafe eine exceptio doli entgegen; hierin lag also bis zu einem gewissen Grade ein Ersatz der fehlenden Appellation gegen das schiedsrichterliche Urteil.[15]

§ 166. Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht.[1]

Die C.P.O. ordnet das Schiedsverfahren sehr abweichend vom römischen Rechte. Sie behandelt es in gesteigertem Maße als öffentliche Einrichtung. Die hauptsächlichsten Sätze sind folgende:

10) Der Prätor edizierte: qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam. So Lenel, edictum perpetuum S. 103. l. 3 § 2, l. 15 D. h. t. Der Zwang geschah durch multa, l. 32 § 12 D. h. t.

11) Unfähig waren insbesondere Personen unter 20 Jahren, l. 41 D. h. t., Frauen, l. 6 C. h. t. 2, 55, Wahnsinnige, Taube, Stumme, l. 9 § 1 D. h. t., und der vom Prätor bestellte judex, l. 9 § 2 D. h. t.

12) l. 2 D. h. t. Ulpianus libro 4 ad edictum. Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed poenae petitionem, l. 30 D. eod. Paulus libro 13 ad edictum . . . poena committenda est lite apud judicem suo ordine peragenda.

13) Pauli sent. V 5[a] § 1. l. 1 C. h. t. 2, 55 Imp. Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec judicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

14) l. 27 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 13 ad edictum. Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromissit, nam et divi Pii rescripto adicitur „vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet".

15) l. 32 § 14 D. h. t. 4, 8.

1) C.P.O. §§ 1025 ff. und die Kommentare zur C.P.O. Wach, Zivilprozeß Bd. 1 S. 64. Vgl. auch mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 §§ 142 ff. Die dort von mir hervorgehobenen Mängel der einschlägigen Bestimmungen der C.P.O. haben sich leider in der Praxis sehr fühlbar gemacht, vgl. Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 18 S. 506.

1. Die Schiedsverträge waren gemeinrechtlich formlos. Die C.P.O. beläßt es bei den Normen des bisherigen Rechtes bezüglich der Form. Jeder Teil ist aber befugt, die Errichtung einer Schrifturkunde über den formlosen Schiedsvertrag zu fordern.[2]

Die Schiedsverträge sind entweder perfekte oder imperfekte.

a) Perfekte Schiedsverträge enthalten die Bestellung bestimmter Schiedsrichter, sei es eines oder mehrerer.

b) Imperfekte Schiedsverträge vereinbaren zwar Entscheidung durch Schiedsrichter im Prinzipe, bezeichnen aber die Personen der Schiedsrichter nicht. Solche Verträge waren dem römischen und kanonischen Rechte fremd.[3] Aber die gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkannte sie überwiegend an.[4] Dies tut auch die C.P.O. Sie trifft daher Vorschriften, um die Bestellung der Schiedsrichter gegebenen Falls herbeizuführen.

In Ermangelung von Vertragsbestimmungen über die Weise der Wahl hat jede Partei einen Schiedsrichter zu ernennen.

Ist die Ernennung nach Vertrag oder Gesetz Sache der beiden Parteien, so hat der betreibende Teil dem anderen Teile den von ihm erwählten Schiedsrichter zu bezeichnen unter der Aufforderung, binnen einer Woche das Entsprechende zu tun. Bleibt dies fruchtlos, so ernennt das zuständige Gericht auf Antrag des betreibenden statt des zögernden Teiles den Schiedsrichter.[5]

2. Schiedsrichter können juristische[6] wie natürliche Personen sein. Sie müssen die natürliche Fähigkeit zum Urteilen haben, daher sind namentlich Kinder und Geisteskranke unfähig.[7] Dies versteht sich von selbst auch unter der Herrschaft der C.P.O., obgleich sie dies nicht besonders bestimmt. Sie begnügt sich damit, den Parteien Ablehnungs-

---

2) C.P.O. § 1027. Der Abschluß braucht kein ausdrücklicher zu sein. Er geschieht z. B. durch stillschweigende Unterstellung eines Geschäftes unter Schlußscheinbedingungen, welche schiedsrichterliche Entscheidung vorsehen. — Letztwillige Verfügungen und Stiftungen können die schiedsrichterliche Entscheidung künftiger Streitigkeiten über ihren Inhalt anordnen. C.P.O. § 1048. Schloßmann, über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, Jherings Jahrb. Bd. 37 S. 301.

3) Ausdrücklich ist dies freilich für das römische Recht nicht ausgesprochen, allein es fehlt in den Quellen nicht an Andeutungen. Siehe Weizsäcker a. a. O. S. 7; dagegen freilich Windscheid Bd. 2 § 416 Anm. 15 und 17. Das kanonische Recht verwirft pacta de compromittendo in cap. 12 X de arbitris 1, 47.

4) R.O.H.G. Bd. 3 S. 55.

5) C.P.O. § 1029.

6) D. h. die jeweiligen Vertreter. Auch auf Behörden kann kompromittiert werden. Vgl. R.G. Bd. 13 S. 407.

7) Selbstverständlich kann auch niemand „in eigener Sache" Schiedsrichter sein. Vgl. oben § 126 Anm. 9.

gründe gegenüber vorgeschlagenen Schiedsrichtern offen zu stellen. Namentlich sind Minderjährige, Taube, Stumme und Ehrlose ablehnbar.[8]

3. Die Übernahme des Schiedsspruches ist Sache freien Beliebens der Schiedsrichter. Aber auch ein Zwang zur Durchführung des übernommenen Amtes durch die Obrigkeit besteht nicht.[9]

Vielmehr lösen sich perfekte Schiedsverträge durch ungebührliche Verzögerung des Schiedsrichters auf, bei imperfekten scheidet der zögernde Schiedsrichter aus, und es tritt das Ergänzungsverfahren ein.[10]

4. Der Schiedsrichter bestimmt die Form und den Gang des Verfahrens nach freiem Ermessen, soweit das Kompromiß hierüber keine Vorschriften enthält.[11] Der Richter muß aber beiden Teilen rechtliches Gehör verstatten, d. h. die Anführung und den Beweis aller zur Sache gehörigen Tatsachen.[12]

5. Bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer Schiedsrichter entscheidet die absolute Mehrheit, sofern der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt. Bei Stimmengleichheit löst sich das Kompromiß auf, wenn der Schiedsvertrag keine Vorkehrungen für diesen Fall traf, insbesondere nicht die Ernennung eines Obmannes vorsah.[13] Das römische Recht hatte zweckmäßiger die Schiedsrichter verpflichtet, bei Stimmengleichheit einen Obmann zu ernennen, wenn der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt hatte.[14]

6. So lange das Kompromiß in Geltung ist, hat jeder Teil die prozeßhindernde[15] Einrede des Schiedsvertrags, wenn vom anderen Teile eine Entscheidung des ordentlichen Gerichtes über die Streitsache begehrt wird.

---

8) C.P.O. § 1032. Der Schiedsrichter kann ferner aus den Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

9) A. M. Windscheid Bd. 2 § 417 Anm. 5.

10) C.P.O. §§ 1033, 1032 Abs. 2, 1031. R.G. Bd. 18 S. 369. Klage auf Schadloshaltung gegen den Schiedsrichter ist denkbar, wenn ihm ungebührliche Verzögerung zur Last fällt.

11) C.P.O. § 1034 Abs. 2.

12) C.P.O. § 1034 Abs. 1, 1041 Ziff. 4, vgl. aber auch § 1041 Abs. 2.

13) C.P.O. § 1038. Auch nach römischem Rechte entschied die Mehrheit der Schiedsrichter, l. 17 § 7, l. 27 § 3 D. h. t., doch scheinen manche Juristen Einstimmigkeit gefordert zu haben. Ein Nachklang dieser Ansicht ist die Behauptung Julians in der letzterwähnten Stelle, daß dann, wenn von 3 Schiedsrichtern einer auf 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 verurteile, das Urteil auf 5 gehe. Dies stimmt mit dem Mehrheitsprinzip keinesfalls. Folgerecht ist G.V.G. § 198 Abs. 2, welcher auch für Schiedsverträge maßgebend sein muß.

14) Die Ausführungen von Ulpian in l. 17 §§ 5 und 6 lassen freilich bis zum Schlußsatze nicht voraussehen, daß den Schiedsrichtern bei Stimmengleichheit die Wahl eines Obmannes obliege. Der Schlußsatz rührt schwerlich von Ulpian selbst her.

15) So nach § 274 Ziff. 3 der neuen Fassung der C.P.O.

7. Der Schiedsspruch über die Streitsache wird rechtskräftig. Seine Vollstreckung setzt aber ein vorgängiges Vollstreckungsurteil des zuständigen staatlichen Gerichtes voraus. Dieses Gericht hat zwar die formelle Rechtsbeständigkeit, nicht aber die materielle Richtigkeit des Schiedsspruches zu prüfen.[16]

Siebentes Kapitel.

Sicherung von Ansprüchen.

§ 167. Kautionen und Missionen.[1]

Die Zwecke des Rechtes fordern, daß die Gerichte nicht bloß Rechtsstreitigkeiten entscheiden, sondern, wo es not tut, Rechtsansprüche auch sichern.

Die Hauptmittel dieser Sicherung bildeten in Rom, den nationalen Anschauungen der Römer entsprechend,[2] stipulationes praetoriae, welche die Obrigkeit auflegte und erzwang. Stipulationen zur Wahrung von Ansprüchen nannte man cautiones.

1. Die prätorischen Stipulationen schlossen sich zum Teil an einen anhängigen Rechtsstreit an, dessen Resultat sie sichern sollten — judiciales; zum anderen Teile waren sie hiervon unabhängig — cautionales.[3]

16) C.P.O. § 1040ff. Vgl. übrigens Wach a. a. O. S. 74. Über Nichtigkeit und Restitution siehe C.P.O. § 1041.

1) Tit. Dig. de stipulationibus praetoriis 46, 5; Schlayer, von den Kautionen im Zivilprozesse in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 9 n. 1, 7, 10; Schirmer, die prätorischen Judizialstipulationen 1853; Bekker, die Aktionen Bd. 2 S. 35.

2) Vgl. oben § 80.

3) l. 1 pr. D. h. t. 46, 5 Ulpianus libro 70 ad edictum. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes. § 1. Judiciales eas dicimus, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, ut judicatum solvi et ex operis novi nunciatione. § 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. § 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt judicio sistendi causa. Wie Bekker a. a. O. S. 38 mit Recht annimmt, werden diese Stipulationen communes genannt, weil sie bald in jure bald extra jus geschlossen wurden. Die Terminologie, welche Ulpian hier zu Grunde legt, ist eine andere, als die von Pomponius libro 26 ad Sabinum l. 5 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Pomponius unterscheidet erstens praetoriae, zweitens judiciales und endlich communes praetoriae et judiciales stipulationes. Unter prätorischen versteht er die vom Magistrat, unter judiziellen die vom judex aufgelegten Stipulationen; communes sind ihm diejenigen, welche beim Magistrat und beim judex vorkommen. Die Terminologie von Pomponius haben die Institutionen de divisione stipulationum 3, 18 aufgenommen. Beachtet man die Verschiedenheit nicht, so ist Verwirrung unausbleiblich.

Einige Kautionen wurden geschaffen, um Ansprüchen, welche an und für sich nicht klagbar waren, Klagbarkeit zu gewähren, so die cautio damni infecti; andere verliehen klagbaren Ansprüchen ein weiteres Rechtsfundament und erhöhte Sicherheit. Ein Beispiel bildet die cautio legatorum servandorum causa zum Schutze von Legaten, die nicht sofort auszahlbar waren.

Durch Kaution geschützt wurden vorzugsweise künftige und ungewisse Ansprüche; seltener sind Kautionen für bereits feststehende Rechtsansprüche.

2. Die cautio bestand manchmal aus einer einfachen Stipulation — nuda repromissio — d. h. es promittierte nur derjenige, gegen welchen sich der zu sichernde Anspruch richtete. Meist aber mußte sie durch Bürgen versichert werden — satisdatio.[4] Wann bloße Repromission, wann Satisdation zu leisten war, bestimmte der Prätor nach dem Bedürfnisse und auf Grund dessen, was er nach dem Rechtsgefühle dem Inanspruchgenommenen zumuten durfte.[5]

3. Für die Erzwingung der Kaution gab es verschiedene Wege.

Nicht selten knüpfte man die Verwirklichung von Rechten an die vorgängige Leistung einer Kaution, so daß man sie zur Bedingung der Ausübung jener Rechte machte.

Häufig erzwang man sie durch Bedrohung mit Einweisung in Vermögen des Kautionspflichtigen — missio in possessionem. Mittels derselben ermächtigte der Magistrat den Gläubiger, sich zur Sicherung seines Anspruches in die Innehabung des gesamten Vermögens oder einzelner Bestandteile des Vermögens des Verpflichteten zu setzen. Die Besitzergreifung gab dem Gläubiger prätorisches Pfandrecht.[6]

4. Im heutigen Rechte sind die römischen Grundsätze über Kautionsleistung zum Teil umgebildet, zum Teil veraltet.

a) Auch heutzutage hat der Richter nicht selten eine Kautionspflicht zur Geltung zu bringen; bald im Anschluß an einen anhängigen Rechtsstreit,[7] bald unabhängig von einem solchen. Die Kaution geschieht aber nunmehr vorzugsweise durch Pfand, insbesondere durch Faustpfand an Geld oder an Wertpapieren.[8]

4) l. 1 § 5 D. h. t. 46, 5. Ulpianus libro 70 ad edictum: Stipulationum autem praetoriarum quaedam sunt, quae satisdationem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent.

5) Bekker a. a. O. S. 43 bemerkt, daß Ulpian „kein Prinzip" der Unterscheidung anzugeben wisse. Das Maß der Sicherung können aber nicht Prinzipien, sondern nur praktische Erwägungen bestimmen.

6) Über die Missionen siehe Näheres in der Lehre des Pfandrechtes.

7) Es gehört hierher die Kaution wegen der Prozeßkosten, welche Ausländer zu leisten haben, die als Kläger auftreten, C.P.O. § 110.

b) Die Kautionsstellung wird noch immer häufig dadurch erzwungen, daß sie zur Bedingung der Geltendmachung von Rechten gemacht wird. In anderen Fällen hat der Kautionsberechtigte auf die Kautionsbestellung zu klagen. Einweisung in das Vermögen des Kautionspflichtigen zur Erzwingung der Sicherheit kommt nicht mehr vor.[9]

§ 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen.[1]

Der heutige Richter sichert gefährdete Rechte vorzugsweise durch Arreste und einstweilige Verfügungen.

1. Der Arrest, dem römischen Rechte fremd,[2] wurzelte in deutschrechtlichen Anschauungen,[3] erhielt seine Ausbildung durch die gemeinrechtliche Praxis und ist jetzt durch die Reichsgesetzgebung eingehend geregelt. Er geschieht hiernach zur Sicherung eines jetzigen oder zukünftigen Geldanspruches.

Der Arrest ist entweder ein persönlicher oder ein dinglicher.

a) Der persönliche Arrest bezweckt Festhaltung des Schuldners, beschränkt also dessen Freiheit durch Haft oder andere Maßnahmen.

b) Der dingliche Arrest besteht in der Beschlagnahme von Vermögensobjekten. Nach gemeinem Rechte legte der Arrest dem Schuldner nur eine Beschränkung in der Verfügung über die arrestierten Objekte auf, erzeugte aber kein Vorzugsrecht des Arrestlegers vor anderen Gläubigern, deren Forderungen bereits bestanden. Nach dem Reichsrechte hingegen begründet der Arrest ein Pfandrecht zu Gunsten des Arrestlegers.[4]

Die Anordnung des Arrestes geschieht durch den Richter, wenn ihm der zu sichernde Anspruch sowie der Arrestgrund — causa arresti —, d. h. die Gefahr der Vereitelung oder der erheblichen Erschwerung der

8) Näheres B.G.B. § 232 ff., siehe auch C.P.O. § 108. Auch s. g. eidliche Kaution kennt das justinianische Recht. Die ältere gemeinrechtliche Praxis begnügte sich mit solcher auch in anderen Fällen, wenn bessere nicht zu beschaffen war. Sie fand hierin ein Mittel, um harte Kautionsanforderungen des römischen Rechtes, z. B. an den Nießbraucher, durch solche Scheinkautionen zu beseitigen, vgl. bei Seuff. A. Bd. 15 n. 105 Zitierte.

9) Siehe übrigens Meibom im Archiv für ziv. Pr. Bd. 72 S. 103.

1) Mevius de arrestis 1646; Wach, der Arrestprozeß in geschichtlicher Entwicklung I. der ital. Arrestprozeß 1868. — C.P.O. §§ 916 ff. Von der reichen neueren Literatur heben wir hier nur hervor Johannes Merkel, über Arrest und einstweilige Verfügungen 1880, Dorendorf, Arrest u. einstw. Verf. 2. Aufl. 1884.

2) Vgl. übrigens Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht 1856.

3) Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867 S. 114 ff.

4) C.P.O. § 930. Auch nach älterem deutschem Recht gab der Arrest ein Pfandrecht, vgl. Meibom a. a. O. S. 176. der Immobiliararrest vgl. Meibom im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72 n. 9, C.P.O. § 932.

künftigen Zwangsvollstreckung glaubhaft gemacht werden. Die *Vollziehung* des dinglichen Arrestes erfolgt mittels Pfändung durch den Gerichtsvollzieher. Sie begründet das Pfandrecht für den Fall, daß die Forderung, welche gesichert werden soll, wirklich besteht und nachträglich die Vollstreckbarkeit erhält.[5] Der Arrestleger *nimmt* sich also hier die Kaution, sie wird ihm nicht, wie die römische cautio, durch den Schuldner infolge der obrigkeitlichen Einwirkung gestellt.

2. Unvorgreiflich künftiger rechtskräftiger Entscheidung sichern die *einstweiligen gerichtlichen* Verfügungen vorläufig eine angemessene Ordnung, indem sie teils *Erhaltung bestehender Zustände*, teils *vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses* bezwecken. Sie treffen *Gebote* z. B. Reichung von Alimenten, oder *Verbote* z. B. der Veräußerung oder der Verpfändung einer Sache oder der Rückhaltung von Sachen eines Mieters. Ein Pfandrecht begründen sie nicht.

Sie können unter anderem eine *Sequestration* anordnen d. h. Unterbringung einer Sache oder einer Person bei einem Nichtbeteiligten, so daß dieselbe nach Entscheidung des Streites in der Hauptsache dem Sieger herauszugeben ist.

5) Infolge des Pfandrechtes ist jede *rechtliche* Verfügung des Arrestaten über die arrestierten Objekte ohne Nachteil für den Arrestleger. Gefährdende *tatsächliche* Verfügungen sind infolge der an die Vollziehung des Arrestes geknüpften Beschlagnahme verboten und werden in Gemäßheit des Strafgesetzbuchs § 137 bestraft.

Zweites Buch.

Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung.

Der Besitz.[1]

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

§ 169. Begriff des Besitzes.

Es besteht eine zwiefache Ordnung für die Beziehungen der Individuen zu den Sachgütern, eine tatsächliche — der Besitz — und eine rechtliche — das Eigentum.

1. Besitz — possessio — ist die reale Herrschaft über die Sachgüter. Der Besitz ist nicht, wie manche vermeinen, Recht. Er ist vielmehr ein Phänomen, welches außerhalb des Rechtes steht, wenn

1) Tit. Dig. de adquirenda vel amittenda possessione 41, 2. — Das Hauptwerk ist: Savigny, das Recht des Besitzes 1. Auflage 1803, 6. 1836; die 7. Auflage von Rudorff 1865 veranstaltet enthält wertvolle Zusätze des Herausgebers. Bezeichnend für die Macht des Genies ist, daß dies Werk, welches Savigny im 24. Lebensjahre in wenigen Wochen entwarf und vollendete, die Besitzlehre fast ein Jahrhundert lang beherrschte. Die rasch hingeworfene Jugendarbeit mußte unvermeidlich neben ihren glänzenden Vorzügen Fehlgriffe enthalten. Auch diese Partien des Werkes behaupteten infolge der bestechenden Darstellung und der Autorität des Verfassers Geltung. — Hervorragend durch seine dogmengeschichtlichen Untersuchungen ist C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848. Neue Anregungen haben die geistvollen Ausführungen von Ihering der Besitzlehre gegeben. Ihering schrieb: Grund des Besitzesschutzes 2. Auflage 1869, ferner: der Besitzwille 1889 und den seine Ansichten zusammenfassenden Aufsatz: der Besitz, im Handbuch der Staatswissenschaften von Conrad Bd. 2 S. 406, wiederabgedruckt in seinen Jahrb. Bd. 32 S. 41. Die ältere Literatur über d. Besitz gibt Savigny S. 7 und Rudorff in der 7. Aufl. S. 543 ff., die neuere Windscheid Bd. 1 § 148. Neuestens noch Strohal, Besitzrecht d. Entwurfs in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 336, Bd. 31 S. 1, Bekker zur Reform des Besitzrechts, daselbst Bd. 30 S. 235 und hierüber Strohal, das. Bd. 31 S. 66, Bekker, der Besitz beweglicher Sachen, das. Bd. 34 S. 1. Siehe ferner Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre, Vermischte Schriften Bd. 1 S. 25 ff., darüber Kipp in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 52 S. 297.

sie auch Rechte an dasselbe knüpfen.[2] Unterstellen wir, was praktisch unmöglich, an sich aber denkbar ist, daß die Rechtsordnung total aufgehoben wäre, so wäre damit der Besitz nicht beseitigt. Die tatsächliche Herrschaft der Menschen über die Sachgüter würde vielmehr fortdauern, sie ist Bedingung der gesicherten menschlichen Existenz.

Der Besitz ist ein *physisches Verhältnis*. Aber er ist nicht notwendig etwas *Sinnliches*. Er tritt uns gleichsam vor Augen, wenn man auf Grundstücken wohnt und sitzt,[3] und wenn man Mobilien leiblich inne hat oder unter Verschluß hält. Nicht weniger stehen aber weit entlegene offene Grundstücke, dort aufgehäuftes Getreide, zurückgelassene Ackergerätschaften in unserem Besitze.

Besitz ist nichts bloß Momentanes. Nur die *befestigte, in die Zukunft hinein wirkende physische Gewalt* über die Sache ist Besitz.[4] Die Sache muß also dauernd zu unserer Verfügung stehen und fortgesetzt unserer Einwirkung unterliegen.[5] Nicht absolute Sicherung der Zukunft wird aber gefordert. Solche ist nie zu erreichen. Auch feste Riegel können gesprengt und die durch sie verwahrten Besitztümer geplündert werden. Notwendig ist nur, daß man nach dem *gewöhnlichen Laufe* der Dinge auf die fortgesetzte Verfügung über die Sache zählen kann.

---

2) Dies haben die römischen Juristen naiv und unmittelbar erkannt und zutreffend ausgesprochen. l. 1 § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2. — Paulus — eam rem facti, non juris esse; l. 49 pr. D. eod. — Papinianus — plurimum ex jure possessio mutuatur. Daher denn nach l. 49 § 1 cit. „possessio non tantum corporis, sed et juris est". Irremachen können allerdings die gewöhnlichen Definitionen des Rechtes im subjektiven Sinn. Denn wenn nach Windscheid Bd. 1 § 37 Recht „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensherrschaft" ist, so scheint auch im Besitz eine solche Herrschaft zu liegen, und wenn nach Ihering Rechte „rechtlich geschützte Interessen" sind, so trifft diese Definition an erster Stelle den juristischen Besitz. Betrachtet man dagegen mit uns — oben § 39 — das Recht als einen dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehenden Anteil an den Lebensgütern, so ist zu behaupten, daß im Besitz allein, abgesehen vom Recht, ein derartiger „Anteil" nicht liegt. Anderer Ansicht u. a. Bekker, Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abteilung Bd. 5 S. 154, Ihering im Handbuch Bd. 2 S. 414.

3) l. 1 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

4) l. 3 § 13 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum . . . hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; daher ist die Erörterung von Paulus libro 14 ad Sabinum in l. 14 pr. D. de servit. 8, 1 nicht ganz zutreffend.

5) Der in einem Laden angestellte Verkäufer hat bezüglich der ihm zum Verkaufe übergebenen, im Laden befindlichen Waren weder Besitz noch Gewahrsam, R.G. in Straff. Bd. 2 S. 1, ebensowenig der Zollbeamte an den zur Verzollung in den Diensträumen befindlichen Gegenständen, R.G. in Straff. Bd. 3 S. 201, und auch nicht der Förster am Walde und an dessen Erzeugnissen, die seiner Obhut unterstehen, R.G. in Straff. Bd. 5 S. 180. Denn diese Angestellten haben wohl momentan die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache, aber keine befestigte Herrschaft.

Dazu gehört, daß sie dem Spiele der Naturgewalten entrückt und daß sie gegen die Mitmenschen gesichert ist. Unter geordneten Verhältnissen besteht diese Sicherung schon dann, wenn die Sache erkennbar unserer Herrschaft unterstellt ist. Denn Dritte haben eine natürliche Scheu, die fremde Sphäre anzutasten; diese Scheu wird durch die Sitte befestigt und durch das Recht verstärkt.

2. Höher als die tatsächliche Ordnung — der Besitz — steht die rechtliche — das Eigentum. Das Eigentum ist das Recht auf die totale Herrschaft über die Sachgüter; der Besitz ist diese Herrschaft.[6]

Beides kann zusammenfallen. Dies ist auch das Gewöhnliche. Aber es ist *nicht notwendig*, daß der Besitz mit dem *Rechte zum Besitze* — dem jus possidendi — übereinstimmt. Auch wer ohne Recht, ja ohne den Glauben oder den Vorwand eines Rechtes eine Sache beherrscht, ist Besitzer.[7]

Der berechtigte Nichtbesitzer kann die *Herausgabe* seiner Sache vom nichtberechtigten Besitzer erzwingen. Aber hierzu ist Klage und Beweis des Rechtes und rechtskräftige Verurteilung erfordert. Inzwischen behält der Beklagte den Besitz. Er bleibt dauernd im Besitz, auch wenn er jedes eigenen Rechtes offensichtlich entbehrt, falls dem Kläger der Beweis seines Rechtes mißlingt. Daher lautet ein alter Spruch beati possidentes. Ihn bewahrheitet die tägliche Erfahrung.

3. Der Besitz ist etwas vom Rechte Getrenntes. Aber er ist gleichwohl für das Recht von Wichtigkeit. Es knüpfen sich an ihn Rechtsfolgen — das jus possessionis.[8] Eine unmittelbare Folge ist der Schutz durch Besitzrechtsmittel — *possessorische Interdikte*. Eine weitere ist die *Ersitzung*. Denn das Bestehende hat die Tendenz, zum Rechte zu werden. Die Ersitzung ist jedoch nicht an den Besitz allein, sondern an *redlichen* Besitz geknüpft.

4. Wenn wir von Besitz schlechthin reden, so meinen wir dessen einfachste Art, den *Sachbesitz*. Dies ist *die Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen*. Der Sachbesitz in diesem Sinne ist ausschließlich. Mehreren kann dieselbe Sache

---

6) l. 12 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Nihil commune habet proprietas cum possessione, l. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17. Der vulgäre Sprachgebrauch identifiziert vielfach Besitz und Eigentum. Der Jurist darf sich derartiges nicht zu schulden kommen lassen.

7) l. 11 § 1 D. de her. pet. 5, 3 pro possessore vero possidet praedo — l. 12 D. eod. Ulpianus libro 67 ad edictum — qui interrogatus, cur possideat responsurus sit „quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium.

8) Von dem „jus possessionis" spricht u. a. l. 44 pr. D. h. t., l. 2 § 38 D, ne quid in loco publico 43, 8.

nicht total zur Verfügung stehen. Allerdings tauchte unter den römischen Juristen der Gedanke einer possessio plurium in solidum auf; doch verwarfen sie ihn schließlich entschieden.[9]

Zulässig ist aber Mitbesitz einer Sache durch mehrere zu ideellen Teilen.[10] [11] Zulässig ist auch der Besitz eines Rechtes an der Sache, z. B. des Nießbrauches, neben dem Sachbesitze.

§ 170. Der Schutz des Besitzes.

1. Der Besitz ist nicht Recht und erhält gleichwohl rechtlichen Schutz durch die possessorischen Interdikte. Nicht bloß redliche, auch unredliche Besitzer, selbst Räuber und Diebe dürfen dieselben geltend machen. Das Recht unterstützt also auf der einen Seite, was es auf der anderen verwirft und bestraft. Dieser Widerspruch verlangt eine Erklärung. Die Römer haben sich hierauf freilich kaum eingelassen; desto emsiger hat sich die moderne Wissenschaft mit diesem Probleme beschäftigt.[1] Ein Einverständnis über den Grund des Besitzesschutzes wurde aber nicht erzielt.

---

9) l. 3 § 5 D. h. t. 41, 2, l. 5 § 15 D. commodati 13, 6; unten § 186 Anm. 20.

10) Mitbesitz mehrerer Teilhaber — s. g. compossessio — ist möglich und häufig, Besitz eines ideellen Teiles, während die anderen ideellen Teile herrenlos sind, unserer Ansicht nach nicht denkbar. Es läge hierin jedenfalls praktisch eine Abnormität. Vgl. Steinlechner, Wesen der juris communio Heft 2 S. 18, 23.

11) Die Römer in ihrem Streben nach Bestimmtheit und Klarheit stellten den Rechtssatz auf, daß der Besitz auf einen bestimmten ideellen Teil gerichtet sein müsse, um Anerkennung zu finden, l. 26 D. h. t. 41, 2, l. 3 § 2 D. eod. Hieraus zogen sie die Konsequenz, daß Mitbesitzer, welche im Ungewissen darüber seien, wie groß der Besitztitel eines jeden sei, nicht besäßen. l. 32 § 2 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum. Incertam partem possidere nemo potest, ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem posssideat: neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit. Die Konsequenz war eine unausweichliche. Aber sie bildete einen rein formalen Rechtssatz — mera suptilitas —, welcher dem realen Verhältnisse nicht gerecht wurde. Windscheid Bd. 1 § 152 Anm. 12 behauptet, indem die bezeichnete Konsequenz mera suptilitas genannt sei, werde sie zurückgewiesen. Dies ist nicht richtig. Die römischen Juristen konnten sich ihr von ihrer Prämisse aus nicht entziehen. — Aber dem gemeinen Rechte wie dem B.G.B. ist der zu Grunde liegende Satz fremd. Das heutige Gesellschaftsrecht kennt vielmehr nach deutschrechtlichen Anschauungen zahlreiche Gemeinschaftsverhältnisse, bei welchen die Mitbesitzer dieselbe Sache zusammen zur gesamten Hand besitzen, ohne daß sie bestimmte ideelle Teile an derselben haben. So besitzen bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Ehegatten ihre Vermögen bis zur Auflösung der Ehe zusammen, ebenso die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen bis zur Auseinandersetzung. Bestimmte Anteile bestehen vorher nicht.

1) Eine interessante Zusammenstellung der verschiedensten Ansichten gibt Ihering, Besitzesschutz S. 2 ff.; vgl. auch Randa, Besitz nach österr. Rechte 4. Aufl. 1895 § 8, Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 9, Jean Appleton. essai sur le fondement de la protection possessoire. Par. 1892. — Bekker, Recht des Besitzes S. 14 ff. erachtet die Frage nach dem — philosophischen — Grunde des Besitzesschutzes als verfehlt. Der Besitzesschutz besteht. Dies müsse dem Anhänger der geschichtlichen

2. Man unterscheidet relative und absolute Theorien. Die relativen suchen den Grund des Schutzes des Besitzes außerhalb desselben, in anderen Rücksichten, Einrichtungen, Zwecken; die absoluten leiten den Besitzesschutz aus dem Wesen des Besitzes selbst her.[2]

a) Die relativen Theorien betrachten als das Entscheidende teils den Schutz der Person des Besitzers gegen Gewalt, teils das Interesse des Eigentums.

Savigny vor allen erklärte den Besitzesschutz als Hilfe gegen Gewalt.[3] Die Antastung des Besitzes vergewaltigte den Besitzer, er werde somit verletzt.[4] Dies Unrecht solle durch die Besitzinterdikte ausgeglichen werden. Die Rechtsmittel des Besitzers seien Deliktsklagen. Aber gerade dies bewährt sich nicht. Nur eines der possessorischen Interdikte — das i. unde vi — hat Deliktsnatur; die anderen Besitzesinterdikte haben sie nicht. Dies gilt namentlich von dem wichtigsten Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes — dem interdictum uti possidetis. Dasselbe entscheidet den Streit über den Besitz in ähnlicher Weise, wie die Eigentumsklage den Streit über das Recht schlichtet. Es schützt den Besitz gegen Störung und Gewalt; aber Gewalt und Delikt sind seine Voraussetzungen nicht.

Andere erklären den Besitzesschutz daraus, daß der Besitz wahrscheinliches Eigentum sei.[5] Insbesondere hat dies Ihering in selbständiger Weise durchgeführt.[6] Der Besitz, findet er, sei die Tatsächlichkeit des Eigentums, und der Besitzesschutz eine notwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigentumsschutzes, eine dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung. Der Eigentümer sei regelmäßig zugleich Besitzer. Im Besitze verteidige er sein Eigentum. Der Besitz lasse

---

Rechtslehre genügen. So verstanden indessen die alten Meister der historischen Schule, insbesondere Savigny, jene Lehre nicht. Diese haben nie darauf verzichtet, auf die tieferen — philosophischen — Gründe des Gewordenen einzugehen. Zu solcher Resignation kann sich der forschende Geist der Menschen nicht verstehen. Siehe auch Ihering, Scherz und Ernst i. d. Jurisprudenz 1884 S. 332, Pfersche, östr. Sachenrecht 1893 Bd. 1 S. 80.

2) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 3 ff.

3) Savigny, Besitz § 5 S. 30, § 6 S. 56, vgl. hiergegen Ihering a. a. O. S. 6, siehe ferner unten § 185.

4) Puchta, Pand. § 122 und Vorlesungen in § 122, gibt hiernach der Theorie Savignys die Wendung: „die Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen wird".

5) Diese Auffassung fand schon unter den Glossatoren Vertretung. Vgl. glossa in vacuam zu l. 12 C. de probat. 4, 19 . . . Item dicit Placentinus quod quis eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit . . . quod non placet. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 56.

6) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 45.

sich daher als Eigentumsposition, als ein Vorwerk des Eigentums bezeichnen. Nicht um des Besitzes willen sei der Besitzesschutz da; nur um des Eigentums willen sei er geschaffen. Aber freilich könne man diesen Schutz dem Eigentümer nicht zuwenden, ohne zugleich den besitzenden Nichteigentümer daran teilnehmen zu lassen. Es sei dies die leidige, aber unvermeidliche Konsequenz der dem Eigentümer zugedachten Beweiserleichterung, der Preis, den das Gesetz zahlen müsse, um dem Eigentümer den ihm zugedachten erleichterten Eigentumsschutz zuzuwenden.

Hiernach bleibt aber unerklärt, daß selbst der liquide Nachweis des Nichteigentums des Besitzers gegenüber der possessorischen Klage ausgeschlossen ist. Beispielsweise kann der vom Ehegatten beschenkte Gatte kein Eigentum am Geschenk erlangen, da das Gesetz Schenkungen unter Ehegatten für nichtig erklärt; aber die römischen Juristen erklären ausdrücklich, daß er am Geschenke juristischen Besitz habe.[7] Der Besitz kann also nicht bloß um des vermuteten Eigentums willen geschützt sein.

b) Unter den absoluten Theorien ist die Willenstheorie die verbreitetste. Der im Besitze realisierte Wille, obgleich er rein faktisch ist, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte steht, muß, sagt man, doch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden. Denn der Wille ist an sich und seinem Wesen nach frei, die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesamte Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen den Willen sind also ohne Rücksicht auf seine Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches ein Schutz gegeben sein muß.[8]

Auch diese Argumentation ist nicht durchschlagend. Denn im Streite um den Besitz steht Wille gegen Wille, Person gegen Person. Warum hat nun der Wille dessen, welcher den Besitz zu behaupten sucht, das Übergewicht über den Willen dessen, der ihn zu erlangen strebt? Die Willenstheorie kann diese Frage nicht lösen. Sie sagt uns nichts darüber, warum die Tatsache des Besitzes den Willen des einen über den des anderen erhebt.[9]

Die Lösung des Problems ist unserer Ansicht nach folgende: der Besitz ist die tatsächliche Gesellschaftsordnung, die gegebene Verteilung der Sachgüter. Er gewährt dem Individuum unmittelbar

7) l. 1 § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

8) Bruns, Recht des Besitzes § 58.

9) Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 2 Abt. 1 S. 304 ff. 5. Auflage.

die Werkzeuge seiner Tätigkeit, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse. Eine willkürliche Unterbrechung dieses tatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer tatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens. Sie ist zur Erhaltung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger, wie der Rechtsschutz erforderlich.[10]

§ 171. Die Entwicklung der Besitzinterdikte.

Das Verständnis der Besitzlehre ist zum nicht geringen Teil abhängig von einer richtigen Einsicht in die geschichtliche Entwicklung des Besitzes und der possessorischen Klagen.

Viele identifizieren normalen Besitz mit Eigentumsbesitz, d. h. dem Besitz mit der Absicht sich als Eigentümer zu betragen. Jeder andere Besitz erscheint ihnen als eine Abart. Ergibt nun die historische Betrachtung, daß ursprünglich nicht Eigentumsbesitz, sondern andere Herrschaftsverhältnisse Besitzesschutz erhielten, so ist schon damit einer richtigeren Auffassung des Besitzes der Weg gebahnt.

Allerdings ist die Ansicht verbreitet, daß das interdictum uti possidetis, das wichtigste römische Besitzrechtsmittel, ursprünglich den Zweck hatte, den Eigentumsbesitz zur Vorbereitung der Vindikation zu ermitteln, um festzustellen, wer als Nichtbesitzer die Rolle des Klägers und wer als Besitzer die Stellung des Beklagten habe.[1]

Dies ist aber gewiß unzutreffend, denn das interdictum uti possidetis gehörte — das liegt nach der Darstellung desselben bei Gajus zu Tage — der Epoche eines streng formellen, an symbolische Handlungen gebundenen Prozesses an, also der Zeit des Vorherrschens der legis actiones und den Anfängen prätorischer Rechtsbildung.

Höchst unwahrscheinlich nun ist schon an sich, daß die abstrakte Trennung von Besitz und Eigentum bezüglich der im römischen Eigentum stehenden Sachen schon in so früher Zeit durchgeführt war. Dem

10) Das Wesen des Besitzes hat Goethe treffend im 12. Buch von Wahrheit und Dichtung erfaßt, indem er von den Reichskammerrichtern sagt: „Frisch arbeiteten sie weg, was kurz abgetan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet oder was sonst leicht beurteilt werden kann. Die Sachen von schwerem Gehalt, die eigentlichen Rechtshändel, blieben hingegen im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn wenig kümmern."

1) So Jhering, Grund d. Besitzesschutzes; Bekker, Recht des Besitzes S. 99 ff. Vgl. auch die Übersicht bei Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 19. Capone a. a. O. Bd. 51 S. 158 teilt im wesentlichen die hier vertretene Ansicht.

widerspricht aber auch, daß die damalige Eigentumsklage, die vindicatio sacramento, als zweiseitige Klage, dem Besitzer, wie dem Nichtbesitzer offen stand, daher notwendig eine possessorische mit der petitorischen Funktion verband.

Das interdictum uti possidetis war vielmehr, wie innere und äußere Gründe ergeben, zum Schutze der Possessionen am gemeinen Land — ager publicus — eingeführt.[2] Diese Besitztümer bildeten in der früheren Republik einen höchst wichtigen Bestandteil des

2) Ausführung und Begründung gibt Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechtes 1883. Auch Max Weber, röm. Agrargeschichte 1891 S. 87 betrachtet den ager publicus als Hauptanwendungsgebiet der possessorischen Interdikte. Gegen meine Schrift polemisiert Bekker, Savignyzeitschrift rom. Abt. Bd. 5 S. 143ff. Er hat sich aber in deren Gedankengang nicht versetzt, und seine Einwendungen sind unzutreffend. Possessio ist den Römern nicht bloß der Eigentumsbesitz, sondern auch Besitz anderer Art, insbesondere derjenige des Prekaristen. Wie haben wir die Erscheinung zu erklären, daß Besitz von so verschiedener Art einem Begriff unterstellt ist? Die Entwicklungsgeschichte der possessorischen Interdikte gibt uns den Fingerzeig. Bildeten sich die Interdikte ursprünglich bei einem prekaristischen Verhältnis, wurden sie erst später auf den Eigentumsbesitz übertragen, so ist das Problem bis zu einem gewissen Grade gelöst. Von diesem Gesichtspunkte aus hat die Behauptung Niebuhrs, die ich weiter begründete, daß sich die possessorischen Interdikte bei den Possessionen am Gemeinland — einer Art des precarium — bildeten, eine Bedeutung für das Dogma der Besitzeslehre, welche bisher nicht gewürdigt war. Bekker stellt sich meinen Ausführungen durchweg mit Leugnen oder mit Nichtwissen gegenüber. Er leugnet die begriffliche Identität, ja selbst die „Ähnlichkeit" des Besitzes am Gemeinland mit dem precarium. Aber bei beiden Verhältnissen handelt es sich um Überlassung „auf Widerruf". Das Wesen der Sache ist also bei beiden dasselbe. Bekker leugnet ferner das Bedürfnis des possessorischen Schutzes der Possessionen am Gemeinland. Ich aber halte es für undenkbar, daß ein großer, vielleicht der größte Teil des römischen Grundbesitzes jahrhundertelang ohne jeden Rechtsschutz war. Bekker leugnet, daß die Interdikte geeignete Schutzmittel für die Possessionen waren. Ihm deucht, es habe sich utilis vindicatio, wie bei Superfizies und Vektigalland, eher empfohlen. Aber die utilis vindicatio führt nicht in die Legisaktionenzeit hinauf, um die es sich doch handelt! Sie wurde erst zur Zeit des Formularprozesses möglich. Auch war gerade die Superfizies durch ein dem interdictum uti possidetis sehr ähnliches Interdikt geschützt, vgl. l. 1 pr. D. de superficiebus 43. 18. Bekker leugnet ferner die Beweiskraft der Quellenzeugnisse dafür, daß der Besitz an Gemeinland durch die possessorischen Interdikte geschützt wurde. Seine Interpretation der Stelle von Festus ist aber nicht ausreichend. Bekker leugnet auch, daß sich in den Formen des alten Prozesses dessen Grundgedanken spiegeln. Daran muß man jedoch festhalten. Absprechend verhält sich auch Jhering, Besitzwille S. 124. Aber seine Gründe sind nicht überzeugend. Wenn Jhering annimmt, es würde das Staunen der Römer erregt haben, wenn der Prätor sich in dem für den ager publicus bestimmten Interdikt des Ausdrucks „possidere" statt „frui" bedient hätte, so ignoriert er, daß die Römer gerade für den in Besitz genommenen ager publicus stetig und technisch von possessiones sprechen. Wenn er ferner meint, die possessores des ager publicus hätten ihre Grundstücke — die agri occupatorii — vom Zensor „erpachtet", so liegt hierin ein Mißverständnis, vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 95. Gegen die Meinung endlich, daß der Zensor seine „Pächter" zu schützen hatte und nur seine Pachtregister anzusehen hatte, um allem Besitzstreit bezüglich der possessiones am ager publicus ein Ende zu machen und daß dem „Zensor" die Entscheidung der über sie entstandenen Streitigkeiten gebührt habe vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 248: „Der Zensor ist nicht kompetent zur Entscheidung von Streitigkeiten, welche zwischen Privaten über den Ge-

Vermögens der Römer. Sie gingen unter Lebenden von Hand zu Hand und vererbten sich tatsächlich von Geschlecht zu Geschlecht. Doch im Eigentum der Possessoren standen sie nicht und Eigentumsbesitz konnten dieselben nicht beanspruchen. Denn sie gehörten unentziehbar dem Staate, welcher sie den Besitzern konzedierte, gleichsam zu Lehen überließ. Demzufolge hatten die Possessoren keine Eigentumsklage. Aber ein Rechtsschutz für sie war nicht zu entbehren. Für diesen Besitz schuf daher der Prätor das i. uti possidetis zum Ersatz der fehlenden Eigentumsklage.[3] Daher ist es auch im Gang des Verfahrens und in seinen Formalitäten der vindicatio der Zeit der legis actiones durchweg analog.

Die spätere Zeit trennte scharf Besitz und Eigentum. Nunmehr wurde die Vindikation einseitig. Mit ihr kann seitdem nur der nichtbesitzende Eigentümer gegen den besitzenden Nichteigentümer klagen. War der Besitz streitig, so mußte die Rolle des Klägers und die des Beklagten vorher festgestellt werden. Dazu dienten jetzt die possessorischen Interdikte.[4] Aber hierin lag nicht ihre ursprüngliche und auch in späterer Zeit nicht ihre einzige Aufgabe.

brauch öffentlicher Sachen entstehen." Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 314 spricht sich übrigens gegen unsere Auffassung aus, jedoch ohne treffende Gründe. Insbesondere beweist l. 14 D. de injuriis 47, 10 nichts für ihn; denn wenn auch das Gemeinland öffentlich war, so gehörte doch der Besitz an ihm zum Privatvermögen. Neuerdings hat sich auch Ubbelohde, bei Glück Serie der Bücher 43, 44 Teil 5 S. 617, gegen meine Ansicht ausgesprochen.

3) Vgl. Festus v. possessio, dessen Text Huschke über die Stelle des Varro S. 93 im wesentlichen unzweifelhaft richtig unter Verbesserung von Korruptelen hergestellt hat. Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit ut praetor his verbis utatur: uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis: adversus ea vim fieri veto. Hier wird offenbar das Interdikt nicht als etwas Präparatorisches für die Vindikation hingestellt. Es erscheint vielmehr als Rechtsmittel des possessor zum Ersatz der fehlenden Vindikation. Derartige Possessoren, welche die Vindikation nicht hatten, waren zur Zeit des Aelius Gallus vorzugsweise diejenigen von Gemeinland. Doch wendet man ein, nach Festus spricht das Interdiktsformular von „fundus"; das paßt nicht auf in Besitz genommenen ager publicus! Folglich ist das Interdikt für diesen nicht geschaffen. — Ein schwacher Einwand. Daß das ediktale Formular des i. uti possidetis dessen Gegenstand hervorhebt, ist nicht erwiesen, nicht wahrscheinlich. Gaj. IV § 160 bezeichnet als Hauptinhalt „uti possideatis, quominus ita possideatis, vim fieri veto". In den Pandekten ist gewiß nur als Beispiel „aedes" eingefügt, bei Festus „fundus". — Auch die i. unde vi und quod vi aut clam heben nicht ausdrücklich hervor, daß sie bloß für Grundstücke bestimmt sind. Vgl. auch Gaj. IV § 149.

4) Vom Standpunkte der Kaiserzeit und des unter Hadrian redigierten prätorischen Ediktes rechtfertigt sich die Äußerung von Gajus IV § 148: retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi. Ähnlich Ulpian in l. 1 §§ 2 und 3 D. uti possidetis 43, 17.

Zweites Kapitel.

Die Arten des Besitzes.

§ 172. Der juristische Besitz. Einleitung.

Nicht jede tatsächliche Gewalt über eine Sache gilt im Rechtssinn als Besitz, — possessio — als s. g. juristischer Besitz.[1] Hierzu ist vielmehr gefordert, daß das Machtverhältnis staatlich geachtet wird daß zu seinen Gunsten die possessorischen Interdikte gewährt werden.

Solchen Schutz hat in der Regel nur, wer für sich besitzt.

Doch gibt es Fälle, in welchen als Besitzer behandelt, also selbständig possessorisch geschützt wird, wer zwar nicht für sich, aber doch unabhängig von anderen besitzt. Dies insbesondere beim Sequester.

Und zahlreiche Fälle bestehen, in welchen jemand zwar die Sache in eigenem Interesse inne hat, ihm aber dennoch aus sozialen und rechtspolitischen Gründen Besitzesschutz versagt, Besitz also abgesprochen und einem anderen zugeteilt wird. So war es nach älterem römischen Rechte bei Hausuntergebenen und noch nach späterem bei Mietern und Pächtern. Sie galten als für ihren Hausvater, ihren Vermieter und Verpächter besitzend.

Wer juristischer Besitzer ist, darüber entscheidet also nicht eine ab-

---

1) Ihering, Besitzwille steht den hier vertretenen Ansichten am nächsten. Denn Ihering verwirft entschieden, wie ich, die Behauptung Savignys, daß sich der juristische Besitz durch den animus domini charakterisiere; ebenso Pflüger, Besitzklagen S. 299. Aber Ihering geht weiter. Auch die Absicht „für sich" zu besitzen sei, behauptet er, nicht grundsätzlich erforderlich, prinzipiell genüge vielmehr jedes Habenwollen; nur aus positiven Gründen werde in bestimmten Fällen der Besitz dem Inhaber abgesprochen, um einem anderen Besitz zuzuschreiben. In Wahrheit sind aber die Fälle zu unterscheiden, in welchen der Besitz nicht besteht, „weil der Besitzwille ein unvollkommener" ist, da man nicht für sich besitzen will, und die, in welchen dem Besitz ein positives Hindernis im Interesse eines Dritten entgegensteht. Man prüfe zwei Fälle a) Ein Diener nimmt ein Pferd, fälschlich glaubend, hierzu beauftragt zu sein, für seinen Herrn in Empfang, dieser weist es zurück. Besitzt es nun der Diener ohne weiteres? Trotzdem daß ihm hier ein Hindernis aus der Person seines Herrn nicht entgegensteht, ist das gewiß nicht der Fall. Was soll er mit dem Tier? Ihm fehlt der Besitzwille, also Besitz. b) Es mietet jemand die eigene Sache irrtümlicherweise. Ist er Besitzer? Gewiß. Ihm fehlt nicht der Herrschaftswille, und ein Hindernis aus dem Mietsverhältnis tritt ihm nicht entgegen, weil die Miete nicht besteht l. 21 D. de usurp. 41, 3. — Gegen Ihering Kuntze zur Besitzlehre 1890, Randa, Besitz 4. Aufl. § 1a, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 224, für ihn Baron in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 192, Bd. 30 S. 107. Vgl. die Übersicht Kipps bei Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 4a.

strakte schulmäßige Begriffsbestimmung, sondern die Auffassung des Verhältnisses in der Gesellschaft und der Geschichte.

Anders die herrschende, von Savigny begründete Lehre. Sie identifiziert juristischen Besitz mit *Eigentumsbesitz*, also mit der Absicht, die Sache als *eigene* zu besitzen und keinen Eigentümer über sich anzuerkennen.

Zweifellos wird aber in vielen Fällen juristischer Besitz Personen zuerkannt, welche die Absicht nicht haben, sich als Eigentümer zu betragen. Es gehört hierher der Besitz der Prekaristen, des Pfandgläubigers, des Sequesters. Die herrschende Meinung bezeichnet derartigen Besitz als anomalen. Sie erfand den Begriff und die Bezeichnung des *abgeleiteten* Besitzes. Es übertrage nämlich der Besitzer hier singulärer Weise seinen Besitz auf einen anderen; dieser sei infolgedessen Besitzer ohne eigenen animus domini, sein Besitz habe die Eigenschaft des juristischen wegen des Besitzwillens des Autors.[2]

Es ist begreiflich, daß sich viele hierbei nicht beruhigen mochten.[3] Der juristische Besitz wird von Savigny bloß nach begrifflichen Merkmalen bestimmt. Trotzdem wird hinterher etwas juristischer Besitz genannt, was dieser begrifflichen Merkmale entbehrt. Das Wesentliche des Besitzes soll der animus domini sein, d. h. die Absicht, sich wie ein Eigentümer zu betragen; schließlich aber findet sich eine große Zahl von Besitzern, welche diese Absicht nicht haben. Der Besitz wird grundsätzlich als ein Zustand aufgefaßt, welcher in der eigenen Tat und in dem eigenen Willen des Besitzers wurzelt, und doch erscheint eine Menge von Besitzern, deren Besitz sich von dem Willen eines anderen herleiten soll. Dabei findet sich keine Spur in den Quellen davon, daß der Besitz des Prekaristen, des Pfandgläubigers etwas Anomales sei. Insbesondere hat die Bezeichnung ihres Besitzes als abgeleiteten keinen Anhalt im römischen Rechte.

Die Quellen identifizieren den juristischen Besitz nirgends mit Eigentumsbesitz. Sie setzen das entscheidende Merkmal nicht in den animus *domini*.[4] Die Schwierigkeit, um welche es sich hier handelt, ist also eine selbstgeschaffene.

---

2) Savigny § 9. Ihm folgen unbedingt u. a. Puchta, Pand. § 125, Keller, Pandekten § 118, Vangerow Bd. 1 § 200 Anm. 1, Arndts, Pand. § 135, Bruns, Recht des Besitzes § 2, Brinz Bd. 1 § 139, welcher von „anvertrautem Besitz" spricht, in selbständigerer Weise Wächter Bd. 2 S. 32 und Windscheid Bd. 1 § 149 Anm. 7.

3) Savigny im Zusatz zur 6. Ausgabe § 9 läßt die Dissentienten Revue passieren und weist sie scharf zurück. Vgl. auch Rudorff zu Savigny num. 39 S. 606. Neuerdings mehren sich die gegnerischen Stimmen. Dahin gehört Ass. Tartufari, della acquisizione e della perdita del possesso 1887 Bd. 1 S. 263 ff.

Der abgeleitete Besitz bildet eine gekünstelte, den Quellen fremde juristische Konstruktion. Die Auffassung, welche den juristischen Besitz grundsätzlich mit Eigentumsbesitz identifiziert, gibt ihm eine viel zu schmale Grundlage und verführt zu Fehlgriffen.

§ 173. Die einzelnen Fälle des juristischen Besitzes.

Juristischen Besitz hat:

1. der Eigentumsbesitzer, welcher sich wie ein Eigentümer betragen, die Sache also als eigene behandeln will — animus domini. Nicht wesentlich ist der Glaube Eigentümer zu sein — die opinio dominii. Auch der Dieb und Räuber hat daher Eigentumsbesitz, obgleich er sein Nichtrecht kennt und in strafbarer Weise in den Besitz kam.

2. Juristischer Besitzer ist ferner der Prekarist, welchem der Besitz einer fremden Sache von deren Herrn unentgeltlich auf Widerruf überlassen wurde.[1] Wem bloß der Aufenthalt in der fremden Sache prekaristisch verstattet wurde, ist natürlich nicht Besitzer.[2]

3. Der Emphyteuta, welcher das vererbliche und veräußerliche

---

4) Die römischen Juristen sprechen von animus possidentis l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2, possidenti affectus l. 3 § 3 D. eod., a. possidendi l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, aber niemals von animus domini. Vgl. Rudorff in Savignys 7. Auflage S. 603. Diese Bemerkung hat keineswegs bloß terminologischen Wert, wie Rudorff a. a. O. annimmt. Sie beweist vielmehr, daß den römischen Juristen der Gedanke fremd war, daß der animus domini das Charakteristische für den juristischen Besitz bilde. Nicht selten behauptet man, daß Theophilus den Besitz als Innehabung mit dem animus domini bezeichne. Er spricht aber nur von Herrschaftswillen *τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν*.

1) Gegenstand des Prekarium waren vorzugsweise Grundstücke, aber auch Mobilien — l. 4 pr. D. de precario 43, 26 — und Gerechtigkeiten — l. 5 § 2 D. eod. Seit ältester Zeit diente das Prekarium dem Adel dazu, Klienten an sich zu fesseln, von denen er gegen Überlassung von Land Unterwürfigkeit, Treue, Waffengenossenschaft erwarten durfte; in der Kaiserzeit mögen auch, wie Max Weber, röm. Agrarverfassung S. 244 vermutet, die römischen Großgrundbesitzer sich durch solche Überlassung an Ansiedler einen Stamm ländlicher Arbeiter gesichert haben. Das Verhältnis, rechtlich jederzeit lösbar, war tatsächlich meist dauernd, l. 8 § 7 D. eod. Daher fühlte sich der Prekarist als der Herr seines Besitztums und wurde wie ein solcher in der Gesellschaft und vom Rechte respektiert. Als Herr sah sich auch bereits der Käufer an, welcher vor Zahlung des Kaufpreises precario in die Kaufsache eingewiesen war, l. 20 pr. D. eod. — wie auch der verschuldete Pfandschuldner, welchem der Pfandgläubiger den auf ihn übergegangenen Besitz precario beließ — l. 11 D. eod. — Über Prekarium vgl. Ihering, Besitzwille S. 399, Scialoja del precarista in per l' VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici. — Heutzutage sind Fälle des Prekarium selten. Doch findet Weber, Verhältnisse der Landarbeiter 1893 S. 773 eine moderne Art des Prekariums darin, daß im Osten Deutschlands häufig Gutsherrn ländlichen Arbeitern unentgeltlich und widerruflich Kartoffelland überlassen, um sich deren Dienste gegen üblichen Tagelohn zu sichern.

2) Man verstattet z. B. einem Nachbarn Zutritt zu unserem Park, l. 6 § 2 D. de prec. 43, 26. „qui rogavit, ut in fundo moretur, non possidet", l. 10 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2.

Recht voller Nutzung eines Grundstückes hatte, ist gleichfalls als juristischer Besitzer der Sache anzusehen. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatten die Besitzer von Vektigalländereien längst die possessorischen Interdikte, ehe der Prätor sie durch Gewährung einer vindicatio utilis in die Reihe der dinglich Berechtigten stellte. Juristischen Besitz hat auch der Superfiziar.[3]

4. Es wurde ferner dem Pfandgläubiger juristischer Besitz zugestanden, wenn er in der Innehabung der Pfandsache war,[4] ohne Unterschied, ob ihm ein Faustpfand oder eine Hypothek bestellt worden.

5. Nicht minder hat juristischen Besitz der Sequester, welcher eine Streitsache von den Streitenden mit der Bestimmung zur Verwahrung empfängt, daß er sie dem herausgebe, welcher Recht behält.[5 6]

---

3) Man führt an l. 15 § 1 D. qui satisdare 2, 8 Macer libro 1 de appellationibus: . . . sed et qui vectigalem id est emphyteuticum fundum possidet possessor — in Bezug auf die Kautionspflicht — intelligitur. Arndts, zlv. Schriften Bd. 1 n. 22, gesteht dem Emphyteuta bloßen Rechtsbesitz zu, nicht aber Sachbesitz. Mag die Äußerung von Macer nicht entscheidend sein, so geriert sich doch der Emphyteuta im Leben als der Herr der Sache, wird als solcher angesehen und ist um deswillen als Sachbesitzer zu betrachten. Ein Anzeichen hierfür liefert auch l. 25 § 1 am E. D. de usuris 22, 1. — Daß man auch dem Superfiziar juristischen Besitz zuschrieb, ergibt l. 1 § 5 D. de vi 43, 16. Denn hiernach wurde das interdictum unde vi, welches nur juristischen Besitzern zusteht, dem Superfiziar gewährt. Dagegen A. Schmidt, Savignyztschrft. rom. Abt. Bd. 11 S. 145, Ubbelohde, Serie der Bücher 43, 44 Teil 5 S. 508.

4) Der Verpfänder besitzt daneben „ad usucapionem", d. h. die Ersitzung läuft ihm fort, trotzdem daß die Sache nicht mehr in seiner Hand, sondern in der des Pfandgläubigers ist. l. 16 D. de usurp. 41, 3. Javolenus libro 4 ex Plautio. Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia, qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 50 ff.

5) Vgl. über den Begriff der Sequestration unten Bd. 2 § 93, l. 17 pr. D. depositi 16, 3. — Die herrschende Meinung geht dahin, daß der Sequester nur dann juristischer Besitzer sei, „wenn die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usukapion unterbrochen werde". Savigny § 25 S. 301. Vgl. Rudorff hierzu a. a. O. S. 665, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 607, Ubbelohde a. a. O. S. 496. Man wird zugestehen müssen, daß eine derartige ausdrückliche Bestimmung über die Überlassung des Besitzes seltsam ist und nicht leicht praktisch wird. Nach unserer Ansicht hatte der Sequester stets juristischen Besitz. In der Regel besaß der bisherige Besitzer wie der Verpfänder durch den Sequester „ad usucapionem" fort. Die Beteiligten konnten aber vereinbaren, daß dem bisherigen Usukapienten die Zeit während der Sequestration nicht eingerechnet werden solle. Dies nur sagt l. 39 D. h. t. 41, 2 Julianus libro 2 ex Minicio. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res, nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Hiermit stimmt l. 17 § 1 D. depositi 16, 3 Florentinus libro 7 institutionum. Rei depositae proprietas apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrem — ergänze res und keineswegs possessio — deposita est: nam tum de-

§ 174. Fälle bloßer Innehabung.

Tatsächliche Beherrschung einer Sache, welche nicht Besitz im Rechtssinne ist, pflegt man seit Savigny bloße Detention oder Innehabung zu nennen.

Die Verhältnisse, welche man hierher zählt, haben untereinander wenig Verwandtes. Das Gemeinsame liegt vorzugsweise in dem negativen Umstand, daß sie nicht juristischen Besitz herstellen.

1. Es kommt vor, daß jemand willenlos eine Sache inne hat. Einem Schlafenden z. B. wird etwas in die Hand gelegt, ein Kind, ein Geisteskranker ergreift eine Sache.[1] Das ist die Innehabung in rein physischem Sinn, rechtlich unerheblich.

2. Dagegen ist von besonderer Bedeutung die Innehabung des Stellvertreters, z. B. dessen, der in fremden Diensten steht und anvertraute Objekte besitzt, ferner des Mandatars, des Depositars. Solche Personen haben die Sache für den Geschäftsherrn und nicht für sich; sie sind und fühlen sich bloß als dessen Organe, um deswillen sind sie nur Detentoren, nicht Besitzer.[2]

3. Es gibt Verhältnisse, in welchen man als bloßes Organ und Werkzeug eines Dritten gilt, ohne Rücksicht darauf, ob man dies will oder nicht. Insbesondere besaßen in Rom die Sklaven für ihre Herren, was sie inne hatten, auch wenn sie etwa für sich besitzen wollten.[3] Ursprünglich war dies auch bei den Hauskindern der Fall.

In gleicher Weise behandelte man Mieter und Pächter. Sie waren in der Mietsache, aber sie sollten keinen festen Fuß in ihr fassen. Sie wurden zur Dienerschaft des Vermieters heruntergedrückt und besaßen nur für ihn.[4] Auch den Nießbraucher betrachtete man als

---

mum sequester possidet — d. h. nur dann besitzt der Depositar, wenn er Sequester ist — id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Der Schlußsatz scheint in der Kompilation verdorben, berührt aber die Frage nicht, ob der Sequester besitzt. Zu denselben Ergebnissen kommt, ohne meine Ausführung zu kennen, Voigt, Besitz des Sequester 1885. Vgl. auch Serg. v. Nikonoff, die Lehre v. d. Sequestration 1894 III. Teil.

6) Im Sinne des gemeinen Rechtes mußte man dem Finder nicht weniger wie dem Sequester possessorischen Schutz, also Sachbesitz zuschreiben, denn seine Stellung ist eine analoge. Mandry im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 n. 1. Vgl. die Literatur über diese Frage bei Windscheid-Kipp § 149 Anm. 7 a. E.

1) l. 1 § 3 D. h. t. 41, 2 Paulus libro 54 ad edictum. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

2) l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

3) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2.

4) l. 10 D. h. t. 41, 2. Die Erklärung des Paulus l. 37 D. de pign. act.

Vertreter des Eigentümers im Besitz; doch gestand man ihm wenigstens den Besitz seines Rechtes zu.

4. Bloßen Aufenthalt in der fremden Sache, dazu freilich Recht der Obhut und prätorisches Pfandrecht hatten ferner in Rom die in das Vermögen ihres Schuldners vom Magistrat eingewiesenen Gläubiger. Ihr Einzug verdrängte den Schuldner nicht. Er begründete nur ein „in possessione esse“ und keineswegs „possessio“.[5] [6]

§ 175. Bezeichnungen des Besitzes nach seinen Beziehungen zum Recht.

1. Die römischen Quellen sprechen oft von „civiliter“ oder „naturaliter“ possidere.[1] Doch was sie damit meinen ist dunkel!

Von „civiliter possidere“ reden sie vorzugsweise, wenn die tatsächliche Herrschaft mit dem Eigentum zusammenfällt, von naturalis possessio, wenn dies nicht der Fall ist. Daher besitzt naturaliter der Sklave, was er inne hat, der Ehegatte das ihm von seinem Ehegatten nichtigerweise Geschenkte, der Pfandgläubiger sein Pfand, der Mieter

---

13, 7, wonach der Vermieter Besitzer bleibt: „cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi“ ist nicht befriedigend. Ihering, Besitzwille S. 268. Sie gibt aber Zeugnis dafür, daß die römischen Pächter und Mieter sich ihr Verhältnis gar nicht anders vorstellen konnten, als das völliger Abhängigkeit. Vgl. Pernice, Parerga VIII, Savigny-Zeitschr. Bd. 19 S. 89. Die Mieter und Pächter waren in Rom einzig auf ihre persönliche Forderung gegen ihre Vermieter und Verpächter angewiesen und hatten weder dingliche Klage noch possessorische Interdikte. Immerhin gestand man ihnen gegen eigenmächtige Einwirkung Dritter auf das Mietgrundstück das interd. quod vi aut clam zu, siehe unten § 234. Nach gemeinem Recht aber hatten sie die Spolienklage, siehe unten § 189 Anm. 7, und sonstigen Schutz: oben § 125 Anm. 3.

5) l. 10 § 1 D. h. t., vgl. l. 3 § 23 D. h. t.

6) B.G.B. § 854 bestimmt: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.“ Es tritt dies an die Stelle des juristischen Besitzes des gemeinen Rechtes. Eine Unterart ist der „Eigenbesitz“ § 872, wenn jemand eine Sache als ihm gehörend besitzt. Vom bloßen Inhaber handelt § 855. „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.“ Steht aber der Inhaber nicht in einem solchen äußerlich erkennbaren, tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis von einem anderen bei der Innehabung, besitzt er vielmehr als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist er zwar Besitzer, aber es „ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)“ B.G.B. § 868, Bürg. R. Bd. 3 § 13, R.G. Bd. 49 S. 170.

1) l. 24 D. h. t. 41, 2. l. 38 §§ 7 und 8 D. de V. O. 45, 1. — l. 26 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1 und l. 1 §§ 9 und 10 D. unde vi 43, 16. — l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10, 4. Vgl. noch l. 7 § 1 D. eod., l. 2 § 1 D. pro herede 41, 5. Der hier verteidigten Ansicht ist verwandt die von Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 311.

und Pächter das Mietobjekt. Eine Einteilung des Besitzes als solchen ist durch diese Bezeichnungen nicht beabsichtigt.[2]

Savigny dagegen betrachtete die Ausdrücke als technisch für die Klassifikation des Besitzes. Der Besitz, welcher zur Usukapion führe, heiße civilis, anderer Besitz naturalis. Dieser zerfalle dann wieder in possessio, d. h. Interdiktenbesitz und p. naturalis im engeren Sinn, d. h. bloße Detention. Bei unbefangener Betrachtung wird man finden, daß den gedachten Ausdrücken in den Quellenstellen eine besondere Beziehung zur Usukapion meist sehr ferne liegt. Sollte, wenn dem Sklaven bloße naturalis possessio zugeschrieben wird, betont werden, daß er nicht usukapieren könne? Daran war nicht zu denken.

2. Die Ausdrücke possessio justa und injusta werden von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht.

Justa possessio heißt einmal rechtmäßiger Besitz, d. h. der auf einem gehörigen Rechtsgrunde beruhende;[3] injusta possessio ist dem gegenüber der Besitz ohne Rechtsgrund.

Dann aber versteht man unter injusta possessio auch Besitz, den man gegenüber einem Gegner in fehlerhafter Weise, d. h. vi, clam oder precario hat.[4] Vi ist der durch Überwältigung des Besitzers, clam der hinter dessen Rücken heimlich erworbene Besitz. Der precario, auf Widerruf, eingeräumte Besitz wird vitiös, wenn man die Sache im Fall einer Zurückforderung nicht zurückgibt. Im Gegensatze hierzu ist justa possessio Besitz, welcher von jenen Fehlern frei ist.[5]

3. Redlichen Besitz — bonae fidei possessio — hat, wer aus gutem Grunde glaubt, daß er zum Besitz berechtigt sei,[6] unredlichen Besitz — malae fidei possessio —, wer weiß oder wissen muß, daß sein Besitz mit dem Rechte nicht übereinstimmt.[7]

---

2) Savigny, Besitz § 7. Andere Ansichten bei Vangerow Bd. 1 § 199, Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 12. Der Streit, welcher seiner Zeit heftig über die Bedeutung von „civiliter" und „naturaliter" possidere geführt wurde, ist erlahmt, ohne daß man zu einem Einverständnis gelangt wäre. Das wissenschaftliche Interesse hat sich anderen, wichtigeren Problemen zugewendet.

3) l. 24 D. de a. vel. a. p. 41, 2. l. 7 § 3 D. comm. div. 10, 3. l. 31 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 405 ff. Der Pfandgläubiger hat justa possessio, wie auch der Prekarist, l. 13 § 1 D. de Publ. act. 6, 2, nur civiliter besitzen sie nicht, weil die besessene Sache nicht zu ihrem Vermögen gehört.

4) l. 1 § 9, l. 2 D. uti possidetis 43, 17, l. 19 pr. D. de precario 43, 26. Savigny, Besitz S. 103.

5) Nach B.G.B. § 858 ist fehlerhaft der durch verbotene Eigenmacht erlangte, d. h. dem bisherigen Besitzer ohne dessen Willen widerrechtlich entzogene Besitz.

6) Näheres unten Bd. 1 § 194.

7) Über den unredlichen Besitz vgl. Landsberg das furtum des unredlichen Besitzers 1888.

Drittes Kapitel.

Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

§ 176. Allgemeine Voraussetzungen.

1. Subjekt des juristischen Besitzes können nur vermögensfähige Personen sein. Sklaven entbehrten in Rom der Fähigkeit juristischen Besitzes, weil sie nicht Personen waren;[1] Hauskinder waren nach älterem Rechte unfähig, Vermögen also auch Besitz zu haben; nach justinianischem Recht waren sie vermögens- und besitzfähig.[2]

2. Gegenstand des Besitzes von Privaten sind nur solche körperlichen Sachen,[3] welche im privaten Eigentume stehen können. Daher nicht Teile des Meeres,[4] nicht öffentliche Sachen des Staates oder öffentlicher juristischer Personen.[5]

Ungetrennte körperliche Teile einer Sache sind eines besonderen Besitzes nicht fähig. Der Besitzer eines Ganzen hat daher nicht etwa außerdem besonderen Besitz der einzelnen Bestandteile dieses Ganzen. Dies gilt namentlich für verbundene Sachen. Der Hauseigentümer z. B. besitzt nicht außer seinem Hause dessen Öfen, Treppen, Fenster als Mobilien. Der besondere Besitz, welchen er an solchen Baumaterialien hatte, geht vielmehr durch deren Einfügung in sein Haus unter.[6] [7]

---

1) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 2 definitionum. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est.

2) Für das gemeine Recht, vollends dem B.G.B., ist dies selbstverständlich.

3) l. 3. pr. D. h. t. 41. 2. Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. An Sachgesamtheiten als solchen ist Besitz nicht möglich, er besteht nur an den einzelnen Stücken, vgl. oben § 68.

4) Die Besitznahme von Teilen des offenen Meeres zur ausschließlichen Fischerei oder Schiffahrt durch private Handlungen und Verbote ist ohne rechtliche Bedeutung. Wenn aber durch Privilegium jemandem das ausschließliche Fischereirecht an einer Strecke des Meeres verliehen sein sollte, dann ist auch Besitz möglich und es wird ihm possessorischer Schutz gewährt. l. 13 § 7, l. 14 D. de injuriis 47, 10. Vgl. oben § 69 Anm. 15.

5) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum . . . locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. Dennoch konnte man gutgläubig Freie als Sklaven besitzen, Goldschmidt, Studien S. 12. Nach der heutigen Auffassung haben Staat und Gemeinde Besitz an ihren öffentlichen Sachen und possessorischen Schutz.

6) Diese Sätze entsprechen der Logik. Sie werden auch von den römischen Juristen mit Bestimmtheit ausgesprochen. l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3. Javolenus libro 9 epistularum. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas

§ 177. Ursprünglichkeit des Besitzerwerbes.

Aller Besitzerwerb ist originär.[1] Der Besitz beruht auf unserem Willen und dessen Verwirklichung. Erforderlich ist daher:[2]

a) animus, d. h. der Wille, die Sache für uns zu beherrschen, und

b) corpus, d. h. Herstellung des realen Herrschaftsverhältnisses.

Die Mitwirkung anderer Personen ist oft notwendig, um die Bedingungen unserer Herrschaft herzustellen und derselben Raum zu machen. Aber sie hat nur die Bedeutung einer Hilfe. Dies gilt auch, falls der Besitzerwerb auf Grund einer Tradition geschieht.

Manche Schriftsteller fassen freilich die Tradition des Besitzes als

---

non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur . . . l. 1 § 1 D. de tigno juncto 47, 3 am Schluß. In der l. 30 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 ist wohl nur von Sachen die Rede, welche sich im Hause befinden, sie gehört also nicht hierher. Vgl. übrigens Czyhlarz, zur Textkritik der l. 23 in jur. Vierteljahrsschrift Bd. 6 Heft 4. Im Widerspruch mit den Grundsätzen, von denen Javolenus ausgeht, scheint l. 30 § 1 D. de usurp. 41. 3 zu stehen. Pomponius libro 30 ad Sabinum. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. In dem von Labeo besprochenen Rechtsfalle handelte es sich nur noch um zehn Tage, die zur Usukapion erforderlich waren. Es ist aber klar, daß das Entscheidende nicht in der Zeit von zehn Tagen liegt, sondern darin, daß die Säule, welche man bislang als solche besaß, in das Haus, welches man besitzt, verbaut ist. Nach unserer Ansicht will Labeo nicht den Untergang des besonderen Besitzes an der Säule infolge ihrer Verbindung leugnen. Vielmehr liegt einer der Fälle vor, in welchen sich die Ersitzung während einer Zeit vollendet, in welcher die Sache nicht im Besitze des Usukapienten war. Es handelt sich also um eine Besonderheit des Ersitzungsrechtes, nicht um eine Anomalie in der Gestaltung der Lehre des Besitzes. Die Ansichten sind freilich sehr geteilt. Eine Zusammenstellung gibt Vangerow Bd. 1 § 204 Anm. 2. Vgl. hierzu die gutgeschriebene Inauguraldissertation von Hackfeld Pflüger, Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache 1886, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 500, Perozzi sul possesso di parti di cosa in per l' VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici 1888, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 290, Czyhlarz, Festschr. f. Unger 1897.

7) Werden Mobilien zusammengefügt, nicht so vereinigt, daß die eine in der anderen aufgeht, so bleibt der besondere Besitz an ihnen bestehen. In der oben zitierten l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 fährt Pomponius libro 30 ad Sabinum fort: quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verius est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Paulus freilich in der l. 6 und Ulpian in l. 7 §§ 1 und 2 D. ad exhibendum 10, 4 gehen, wie es scheint, davon aus, daß nur das Ganze und nicht die verbundenen Mobilien in dem Ganzen besessen würden. Diese Auffassung ist zwar die folgerechte, aber die von Pomponius ist praktischer.

1) Klar und scharf spricht dies Paulus libro 54 ad edictum l. 1 § 2 D. h. t. aus: Apiscimur autem possessionem per nosmet ipsos.

2) l. 3 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Et apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore.

Begründung einer Succession auf.[3] Aber sie vermittelt nur eine zeitliche Aufeinanderfolge. Es liegt keineswegs Succession in dem Sinne vor, daß der Besitz des Erwerbers mit dem Besitze des Tradenten identisch und von ihm abhängig ist. Der Empfänger wird nämlich auch dann Besitzer, wenn der Trabent die übergebene Sache nicht besaß, z. B. bloßer Depositar derselben war. Sein Besitz ist ferner nicht um deswillen fehlerhaft, weil der seines Vorgängers dies war.[4] Auch der Umfang seines Besitzes bemißt sich nicht notwendig nach demjenigen des Vorgängers, bestimmt sich vielmehr nach der eigenen tatsächlichen Herrschaft und dem eigenen Willen. Immerhin geht die tatsächliche Vermutung dahin, daß der Nachfolger das Übergebene insoweit in Besitz nahm, als es der Trabent bisher besaß.[5 6]

§ 178. Die Apprehension.

Der Besitz wird begründet durch Besitzergreifung — Apprehension.

Eine solche kann durch Erfassen einer beweglichen Sache mit der Hand, Betreten eines Grundstückes mit dem Fuß, also ganz eigentlich corpore geschehen. Derartige sichtbare, reale Vorgänge erachtete die ältere Zeit als notwendig, jedenfalls als das Normale.[1] Bald sah die

3) Dies geschieht durch Brinz possessionis traditio in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 2. Neuerdings verteidigt die Idee der Succession insbesondere Strohal, Succession in den Besitz, 1885 und auf Grund der mittelalterlichen Entwicklung Biermann, traditio ficta S. 144, 395. Vgl. auch Leo Graf Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 1 ff.; Hirsch a. a. O. § 15, Tartufari Bd. 1 S. 40. 77, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 270. Mit Recht betont Strohal, daß der Besitzerwerb im Fall der Tradition durch den bisherigen Besitzer sich weit leichter verwirklicht als bei einseitiger Okkupation. Doch dies ist nicht Folge einer rechtlichen Succession, sondern der tatsächlichen Situation.

4) B.G.B. § 858 Abs. 2 bestimmt indessen: Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kannte.

5) Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, hat in der Regel zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen.

6) Daß die Tradition keine Succession begründet, ergibt sich unter anderem daraus, daß dem Käufer, welchem ein Grundstück tradiert wird und der an der Ausübung des von seinem Vorgänger geübten Wegerechtes gehindert wird, ein interdictum apiscendae possessionis gegeben wird, quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utator vim fieri veto, l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Läge in der Tradition eine Succession, so würde der Käufer Besitzer des Grundstückes mit seinen Gerechtigkeiten, wie der Verkäufer, und die Interdikte zum Schutz dieser Gerechtigkeiten wären retinendae possessionis.

1) Insbesondere verlangte Labeo leibliche Betätigung der Macht l. 51 D. h. t. 41, 2 vgl. l. 15 D. ad exhibendum 10, 4, l. 3 § 18 D. h. t. Nach Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 278 sind die Quellen auf diesem Standpunkt stehen geblieben, und nur Prokulus vertrat eine Sondermeinung, indem er an die Stelle

Jurisprudenz auch die Überweiſung der Sache ſeitens des bisherigen Beſitzers am Orte ihres Lagerns oder doch in deſſen Nähe als genügend an.[2] Schließlich fand ſie ausreichend, daß man eine Sache dauernd in ſeine Gewalt gebracht hatte,[3] d. h. daß man nach dem gewöhnlichen Verlauf auf die tatſächliche Verfügung über ſie rechnen kann. Darüber entſcheidet die Geſammtheit der Umſtände im gegebenen Falle. Immerhin beſtehen einige auf die Lebenserfahrung gegründete Regeln.[4 5]

Mobilien treten in unſeren Beſitz, wenn ſie in unſere Obhut — custodia — gekommen ſind.[6] Dahin gehört nicht bloß perſönliche Be-

des sedere und possidere, alſo des unmittelbar körperlichen Verhältniſſes, ein geiſtiges, die potestas ſetzte. Anders mit Recht Goldſchmidt, Grundlagen S. 68 ff.

2) l. 1 § 21 D. h. t. 41, 2, l. 74 D. de contr. emt. 18, 1. Die Präſenz will Klein, Sachbeſitz und Erſitzung 1891 S. 37 als Erfordernis der Beſitzergreifung feſthalten; ebenſo Hirſch a. a. O. insbeſ. S. 123 ff.

3) Es kommt überall in Betracht, wie Javolenus libro 13 ex Cassio l. 22 D. h. t. 41, 2 ſagt: non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est. ut eam retinere non possit. Anders Kohler in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 12 S. 1 Anm. 1. B.G.B. § 854 Abſ. 1 fordert wie unſer Text „die Erlangung der tatſächlichen Gewalt über die Sache".

4) Savigny, Beſitz § 14 fordert zur Apprehenſion „die phyſiſche Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf ſie auszuſchließen". Dieſe Formulierung iſt, wie Ihering, Grund des Beſitzesſchutzes, mit Recht ausführt, nicht richtig. Sie ſtimmt weder mit den Quellen überein, noch mit der Natur der Sache. Worauf es ankommt, hat wohl am beſtimmteſten Proculus libro 2 epistularum l. 55 D. de a. r. d. 41, 1 erkannt. Ein Eber iſt in unſere Fangnetze geraten und ein Dritter nimmt ihn heraus. War er in unſerem Beſitz, obgleich wir von deſſen Einfangen nichts wußten? Liegt ein Diebſtahl vor? Nach längerer Erörterung erklärt der Juriſt: summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Savigny unterſtellt freilich, daß der Jäger in der Nähe ſtand und deshalb Beſitzer wurde, davon weiß aber die Stelle nichts. Vgl. Pininski Bd. 1 S. 61 und dort Angeführte, ferner R.G. in Strafſachen Bd. 23 S. 89, Ztſchrft. für Verwaltung und Rechtspfl. in Oldenburg Bd. 17 S. 352, Goldſchmidt a. a. O. S. 77, 83 ff., Hruza a. a. O. erachtet die Meinung des Prokulus zwar für eine Sondermeinung, aber als maßgebend für das gemeine Recht.

5) Ihering, Grund des Beſitzesſchutzes S. 144, Handwörterbuch S. 419, verwirft die herrſchende Apprehenſionstheorie grundſätzlich. Beſitz ſei nicht „Gewalt über die Sache", ſondern „Tatſächlichkeiten des Eigentums". Man ſolle ſich fragen, wie es der Eigentümer mit ſeinen Sachen erfahrungsmäßig zu halten pflege und man wiſſe, wo Beſitz anzunehmen ſei. Einige „der bergbaren" Sachen berge er in ſeinem Haus, andere „die freien" blieben gemäß ihrer ökonomiſchen Beſtimmung im Freien, z. B. geſchlagenes Holz, frei herumlaufende Tiere. — Aber nicht das fällt in das Gewicht, wie die Sachen der „Eigentümer", ſondern wie ſie der „Beſitzer" normalerweiſe behufs ihrer ökonomiſchen Verwendung zu haben pflegt. Sind ſie in ſolche Lage gebracht, ſo müſſen Dritte das Verhältnis reſpektieren — wir haben den Beſitz. Immerhin beſitzen wir auch Sachen, welche wir nicht ihrer ökonomiſchen Beſtimmung entſprechend behandeln, z. B. koſtbare Bücher, die in unſerer Speiſekammer liegen. Eine Modifikation der Theorie von Ihering gibt Pininski.

6) l. 3 §§ 13, 14 D. h. t. 41, 2 vgl. l. 18 § 2, l. 47 D. eod. Baron in Iherings Jahrbüchern Bd. 7 S. 83 ff. nimmt an, die custodia ſei bei Mobilien „die Grundlage" des Beſitzes. Sie iſt aber nur eins der vorzüglichſten Mittel des Erwerbes und der Wahrung des Beſitzes. Vgl. Goldſchmidt a. a. O. S. 123 ff.

wachung durch uns oder unsere Vertreter; es genügt vielmehr der Schirm unserer Räume, vor allem unserer Wohnung, Magazine, Ställe, geschlossenen Höfe und Gärten. Und selbst das Verbringen von Holz und Steinen auf unsere offenen Lagerplätze, von landwirtschaftlichen Maschinen oder Dünger auf unsere offenen Felder kann uns genügsame Sicherung und die zum Besitzerwerb erforderliche Gewalt geben.

Von Bedeutung ist weiter das *Anzeichnen* von Mobilien mit unserem Namen oder mit unserer Marke, denn dies gibt sichtbar und dauernd kund, daß die Sache für uns apprehendiert ist. Natürlich dürfen aber unserer Herrschaft über die angezeichneten Objekte keine physischen Hindernisse entgegenstehen. Ist dies der Fall, sind z. B. Sachen in verschlossenen Räumen, zu denen wir keinen Zutritt haben, so hat das Markieren nur die Bedeutung, den Gegenstand unserer Ansprüche zu individualisieren.[7]

Auch Einhändigen der *Schlüssel* zum Ort, wo verkaufte Mobilien lagern, macht den Empfänger zum Besitzer. Daß der Lagerraum in unmittelbarer Nähe sei, ist nicht zu fordern.[8]

Bei dem allen steht es anders, wenn es sich um eine einseitige Handlung — Okkupation —, als wenn es sich um eine Tradition handelt.

Die *einseitige Besitzergreifung* muß sich *sichtbar* vollziehen, um einen *festen* Besitzstand herzustellen. Insbesondere genügt also nicht die Verfolgung wilder Tiere und nicht einmal deren Verwundung und die Nähe des Verfolgers, vielmehr ist deren Ergreifen oder Erlegen notwendig.[9] Einseitige Okkupation von Objekten ferner,

---

7) In l. 15 § 1 D. de periculo et commodo 18, 6 erklärt Paulus libro 3 epitomatorum Alfeni . . . videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Dagegen äußert in l. 1 § 2 D. eod. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est, magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. Ein Widerspruch liegt nicht vor. Das Signieren des offen liegenden Balkens mit Zustimmung des bisherigen Besitzers gibt uns dessen Besitz, das Signieren des Fasses im verschlossenen Keller, zu dem wir den Schlüssel nicht haben, bringt dasselbe nicht in unsere Gewalt. Die Juristen entscheiden hier konkrete Fälle; die Prinzipien, welche aus ihnen zu abstrahieren sind, entwickelt unser Text. Vgl. die Abhandlung von Kohler, das Signieren als Besitzergreifungsakt in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 n. 1, Goldschmidt, Grundlagen S. 197.

8) Papinian verlangt in der l. 74 D. de contr. emt. 18, 1 noch, daß „claves apud horrea traditae sint", damit die in ihnen enthaltenen Waren als tradiert gelten können. Paulus aber in der l. 1 § 21 D. de a. vel a. p. 41, 2 erklärt, die Weine seien tradiert, wenn die Schlüssel zum Keller tradiert seien, ohne zu fordern, daß dieser Akt in der Nähe des Kellers geschehen sei; vgl. jedoch Exner, Tradition S. 100 Anm. 33, Klein a. a. O. S. 40, Tartufari Bd. 1 S. 110. Keinenfalls weiß Gajus in der l. 9 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von einer solchen Einschränkung. Mit Recht sprechen sich auch Ihering a. a. O. S. 207 ff., Biermann a. a. O. S. 398 gegen Papinian aus.

9) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Pininski a. a. O. S. 61. Auch der Besitz

die im Beſitze von Dritten ſtehen, gibt Beſitz erſt mit deren Entſetzung.[10] Okkupiert man daher in Abweſenheit des Beſitzers deſſen Grundſtück, ſo erlangt man in der Regel den Beſitz nur, wenn der bisherige Beſitzer nach Kenntnis der Tat bei dem Verſuche der Verdrängung des Eindringlings ſcheitert oder den Verſuch, ſich eigenmächtig zu helfen, unterläßt.[11]

Bei Tradition durch den bisherigen Beſitzer iſt eine derbſinnliche Weiſe der Apprehenſion entbehrlich. Das gemeine Recht geht hierin noch einige Schritte weiter als die römiſchen Juriſten, ohne daß begrifflich eine Verſchiedenheit vorliegt. Wir erhalten z. B. den Beſitz ſchwimmender Waren durch Einhändigung der Konnoſſemente über dieſelben. Konnoſſement iſt die Urkunde, in welcher ein Schiffer die Einladung von Waren in das von ihm geführte Seeſchiff bezeugt und deren Aushändigung an den Inhaber des Konnoſſements verſpricht. Der Inhaber des Konnoſſements iſt als Beſitzer der in ihm verzeichneten Waren anzuſehen trotz ihrer Entfernung, trotzdem daß ihm eine phyſiſche Einwirkung auf ſie erſt nach längerer Zeit möglich iſt. Denn der Inhaber des Konnoſſements kann nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit auf die Verfügung über die Ware nach Ankunft des Schiffes zählen.[12] [13]

---

eines in unſerem Grundſtücke verborgenen Schatzes wird erſt durch beſondere Beſitzergreifung erworben — si loco motus est — l. 3 § 3 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Goldſchmidt a. a. O. S. 178 ff.

10) Vgl. l. 15 D. h. t. 41, 2.

11) l. 6 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam. Vgl. über dieſe Stelle Karlowa, Rechtsgeſch. Bd. 2 S. 322. — l. 7 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum. Sed et si nolit in fundum reverti quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. Vgl. l. 3 § 8, l. 25 § 2, l. 46 D. eod. Pininski S. 191, Goldſchmidt, Grundlagen S. 249. B.G.B. § 859 verſtattet Wiederbemächtigung „ſofort nach der Entziehung".

12) Wie aber, wenn die Ware zur Zeit der Konnoſſements-Übergabe von Seeräubern geraubt iſt? Dann erlangt der Konnoſſementsinhaber nicht Beſitz, aber die Vindikation muß als zediert gelten. Vgl. Strohal, Succeſſion in den Beſitz S. 215. Über Beſitzerwerb durch Konnoſſement ſiehe H.G.B. §§ 647 ff. und Goldſchmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 681 ff., ſowie die dort verzeichnete Literatur. Auch durch Anweiſung vollzieht ſich die Tradition, wenn die Perſon, welche bisher für den Tradenten beſaß, von dieſem angewieſen wird, fortan für den Empfänger zu beſitzen. Nach der Regel des loyalen Verkehres hat der Empfänger der Anweiſung nicht weniger die Verfügungsmacht als im Falle der Übergabe der Schlüſſel. Der Inhaber hat kein Intereſſe daran, ob er für den urſprünglichen Deponenten oder für deſſen Nachfolger beſitzt und wird der Anweiſung regelmäßig ſich fügen. — Ein anderer Fall iſt es, wenn der Vertreter nur angewieſen wird, die bezüglichen Objekte zu verabfolgen. Dann wird der Beſitz erſt mit der Aushändigung übertragen und der Anweiſende kann die Anweiſung bis dahin zurücknehmen. R.G. Bd. 5 S. 185. Vgl. Kohler, Abhandl. S. 9. B.G.B. § 870 beſtimmt: „Der mittelbare Beſitz kann dadurch

Bezüglich der Tradition von Grundstücken bestehen besondere Zweifel. Sie kann sich zweiseitig auf denselben vollziehen oder auch aus der Nähe, z. B. von einem Turm des Nachbargrundstückes aus.[14] Sehr gewöhnlich war aber in Rom, daß der Veräußerer die Grundstücke auch entfernt von ihnen in der Verkaufs- oder Schenkungs- oder sonstigen Urkunde dem anderen Teile zu überlassen und zu tradieren erklärte, worauf dieser einseitig deren Besitz ergriff.[15] Diese Besitznahme geschah dann wieder nach den Umständen. Bei geschlossenen Grundstücken, insbesondere Häusern und landwirtschaftlichen Höfen, bedurfte es natürlich des Einzugs des Erwerbers oder eines Vertreters desselben,[16] bei offenen, z. B. einer Ackerparzelle oder einer Wiese, mochte sehr wohl die Annahme der Übergabeerklärung oder eine Mitteilung an Orts- und Steuerbehörden genügen. Die Behauptung, es sei unumgänglich gewesen, daß der Erwerber, nachdem ihm der Veräußerer den Besitz überwiesen hat, nun seinerseits auf das Grundstück hinauswanderte, um Besitzer zu werden, ist unbegreiflich. Das Grundstück kann zur Zeit mit

auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird."

13) Vielbestritten ist die l. 1 C. de donat. 8, 53. Impp. Severus et Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Die Gegenwart der Sklaven bei dem Akte der Übergabe der Dokumente setzt voraus Savigny, Besitz § 16. Dann wäre aber vom Kaiser gerade dasjenige übergangen, worauf sich die Entscheidung angeblich gründen soll. Es galt vielmehr, wer die Dokumente über die Sklaven erhalten hatte, in der öffentlichen Meinung und auch nach Ansicht der Sklaven selbst als deren Herr. Ihm widmeten sie das Gefühl der Untertänigkeit, worauf bei Sklaven vorzugsweise der Besitz beruhte. Vgl. Brunner, römische und germanische Urkunde S. 113, Goldschmidt, Studien z. Besitzrecht 1888 S. 4, Grundlagen S. 199, Hirsch § 13; anders Tartufari a. a. O. S. 136. Im Mittelalter dehnte man die instrumentalis traditio auf Objekte jeder Art aus, Biermann, traditio ficta S. 102, 182.

14) l. 18 § 2 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 3 § 1 D. eod. Pininski Bd. 1 S. 367.

15) Die übliche urkundliche Formel war „in rem ire, ingredi possidere permisimus". So regelmäßig war in Rom ein derartiges schriftliches Bekenntnis, daß der Zweifel auftauchte und schwer zu beschwichtigen war, ob man ohne solche Urkunden Besitz durch Tradition erwerben könne. Freilich restribierte Alexander Severus in der l. 2 C. de a. et r. possessione 7, 32; licet instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen veritate id consecutus es. Dennoch mußte dasselbe häufig, insbesondere auch von Diokletian eingeschärft werden. l. 12 C. de prob. 4, 19, l. 22 pr. C. de c. e. 4, 38. Pininski a. a. O. S. 317. Vgl. über diese Weise der Tradition Esmarch vacuae possessionis traditio 1873. Kniep a. a. O. S. 305, welcher freilich in den wirklichen Sachverhalt sich nicht zu versetzen wußte, und namentlich Brunner, römische und germanische Urkunde S. 119.

16) In der l. 48 D. de a. vel a. poss. 41, 2 handelte es sich um ein geschlossenes Grundstück, welches noch von den Sklaven des Schenkers besetzt war; dennoch ist Papinian bezüglich der tatsächlichen Besitznahme auf Grund des Besitzübertragungsinstrumentes lax genug. — Mit unserer Ansicht steht durchaus nicht im Widerspruch, daß man zuweilen im römischen Leben je nach Bedürfnis und zu mehrerer Sicherheit zu recht drastischen Besitzergreifungsakten auf Grund des Besitzüberlassungsdokumentes griff. Vgl. hierüber Kohler im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 156.

Schnee und Eis bedeckt oder überschwemmt oder sonst schwer zugänglich sein. Was soll er dann da? inwiefern fördert ein solcher Gang seine tatsächliche Herrschaft? Es handelt sich ja nicht um eine Form, sondern um die Frage der tatsächlichen Gewalt.[17]

Nicht anders ist es im heutigen Leben. Nur sind besondere Erklärungen über die Besitzüberweisung weniger in Übung als in Rom. Sie versteht sich vielmehr häufig von selbst, z. B. im Falle der gerichtlichen Auflassung offener Grundstücke. Was dann zur Besitzergreifung seitens des Erwerbers gehört, ist wie in Rom Tatfrage. Nicht selten genügt auch seinerseits die Mitwirkung bei der Auflassung.

Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz unterschied *eigentliche* und *uneigentliche* Tradition. Als eigentliche galt nur die leibliche Inbesitznahme, als uneigentliche jede andere Art.[18] Unter den Fällen der uneigentlichen Tradition hob man die *symbolische* Tradition hervor, d. h. die durch Zeichen, insbesondere durch Übergabe der Schlüssel, Anzeichnen der Ware bewirkte Tradition. Diese Doktrin hat Savigny[19] mit glänzendem Erfolge bekämpft. Es handelt sich in allen bezüglichen Fällen nicht um bloße Zeichen, sondern um verschiedene Mittel zur Herstellung der Gewalt. Die Tradition ist entweder eine eigentliche oder gar keine.

§ 179. Der Besitzwille.

Zum juristischen Besitz ist erforderlich, daß sich zur Apprehension der Sache der *Besitzwille* gesellt.

Wer aber die reale Macht tatsächlich übt, von dem ist *anzunehmen*, daß er den Besitzwillen für sich hat.[1] Denn in der Regel verfolgt jeder eigene Zwecke in den Geschäften des Lebens; daß er für andere tätig sein wollte, ist daher besonders nachzuweisen.

17) Siehe Bähr a. a. O. Bd. 26 S. 319. Windscheid freilich Bd. 1 § 153 wie auch Pininski S. 332 erachten unsere Behauptungen für unbegründet. Vgl. dagegen Bähr a. a. O.: „Neuerdings hat Dernburg der hier vertretenen Ansicht sich angeschlossen. Endlich ein Lehrbuch, welches von vernünftigen Menschen nicht mehr verlangt, daß sie auf die Türme steigen, um ihre Geschäfte zu erledigen." B.G.B. § 854 Abs. 1 stimmt hiermit überein. Nach ihm genügt zum Besitzerwerbe die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der letztere in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

18) Biermann, traditio ficta 1891.

19) Savigny, Besitz § 18, vgl. auch Exner, Tradition S. 153 ff.

1) Dies betont Jhering, Besitzwille S. 167 mit Recht. B.G.B. § 854 sieht vom Besitzwillen ab. Allerdings wird in vielen Fällen die tatsächliche Gewalt erst durch den Willen zu besitzen begründet, welcher die Sache in unsere Machtsphäre bringt, indem wir für die Beherrschung derselben unsere Persönlichkeit einsetzen. Aber möglich ist die Herstellung der Gewalt auch ohne dies, z. B. wenn die Sache in unsere geschlossenen Räume gekommen ist. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 17.

1. Wird aber streitig, ob man Besitzer ist oder bloßer Innehaber, so ist auf den Grund des Besitzerwerbs, seine causa, zurückzugehen. Wer im Dienst eines anderen Besitz ergriffen hat, oder auch als Mieter oder Pächter zur Sache gelangte, ist bloßer Inhaber, wer als Eigentümer oder Pfandgläubiger apprehendiert, ist juristischer Besitzer.

2. Die einmal eingenommene Besitzstellung ist dauernd. Durch Änderung der ursprünglichen Absicht allein kann sie sich nicht umgestalten. Nemo sibi causam possessionis mutare potest.[2] Der Pächter z. B. erhält keinen Eigentumsbesitz, wenn er auch den Entschluß faßt, die gepachtete Sache fortan für sich, wie wenn sie ihm zu eigen wäre, zu besitzen. Der Verpächter behält durch den Pächter den Besitz sogar dann, wenn dieser die Pachtsache verkauft und sie für den Käufer besitzen will.[3]

Eine veränderte Absicht des Inhabers einer Sache wird erst dann beachtet, wenn sie durch reale Handlungen desselben, die gegen den Besitzer der Sache gerichtet sind, verwirklicht ist.[4] Sie wird ferner dann anerkannt, wenn sie auf Grund eines neuen Geschäftes mit dem bisherigen Sachbesitzer gefaßt wird.[5]

3. Besitz kann auch bedingt übertragen und demgemäß erworben werden.[6]

---

2) So formulierten die Juristen der Republik — die veteres — den Satz, l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2. Man wollte namentlich verhindern, daß Personen, welche auf Grund eines singulären Titels, z. B. als Käufer, eine fremde Sache besaßen, sich nach dem Tode des Eigentümers derselben als pro herede besitzend gerierten und auf Grund dieses Titels mit Ablauf eines Jahres ersaßen, ohne daß bona fides ihrerseits notwendig war, l. 33 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 1 D. pro her. 41, 5 vgl. Gaj. Inst. II § 56. Man gab aber jenem Satz auch die Anwendung, daß der Inhaber sich nicht durch seine bloße Willensentschließung zum juristischen Besitzer machen könne, l. 33 § 1 in fine D. de usurp. 41, 3 l. 5 C. de a. et ret. poss. 7, 32, vgl. l. 19 pr. D. h. t. 41, 2. Hierbei hat causa possessionis, wie Schirmer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 11 S. 433 ausführt, die Bedeutung „Charakter des Besitzes". Anders Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 426 ff. Vgl. Ihering, Besitzwille S. 358.

3) l. 32 § 1 D. h. t. 41, 2. Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet. Auf dieser Entscheidung ruht die l. 5 C. h. t. 7, 32 von Diocletianus und Maximianus, welche freilich in sehr verschiedener Weise ausgelegt wird. Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui jus convelli non sinet. Der Käufer berief sich auf Ersitzung, weil er den Besitz redlich erworben habe und durch den Kolonen, welcher ihn als Pachtherrn anerkannte, die Ersitzungszeit innegehabt habe. Aber er hatte in Wirklichkeit den Besitz niemals erworben. Eine andere Auslegung gibt Brinz in Bekkers Jahrbüchern Bd. 3 S. 36. Abweichend auch Hruza a. a. O. S. 275.

4) l. 12, l. 18 D. de vi 43, 16.

5) l. 18 pr., l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 23 C. de locato 4, 65.

6) l. 38 § 1 D. h. t. 41, 2.

4. Nur wer fähig ist, persönlich Rechte zu erwerben, hat die Fähigkeit, durch persönliche Entschlüsse Besitz zu erwerben.

Folgerecht sind Wahnsinnige und Kinder nicht fähig, persönlich Besitz zu erwerben.[7] Bei Kindern erleidet dies aber um ihres Nutzens willen eine erhebliche Ausnahme. Im Falle einer Tradition an das Kind nämlich genügt außer der körperlichen Besitznahme das Habenwollen des Kindes, obwohl von einem vollbewußten Besitzwillen desselben nicht die Rede sein kann.[8] Denn hier handelt es sich um einen Geschäftsakt, dessen Bedeutung — Verschaffung des Habens — auch ein Kind empfinden mag. Dagegen kann das Kind durch willkürliche Wegnahme von Sachen aus fremdem Besitz keinenfalls Besitzer werden, und auch die Okkupation herrenloser Sachen durch das Kind gilt als Spiel und ist ohne Bedeutung für das Recht.

Vertreter, insbesondere Vormünder, können den Vertretenen Besitz erwerben.[9]

§ 180. Besitzerwerb durch Stellvertreter.[1]

1. Der Hausvater erwarb in Rom jederzeit wie Eigentum so Besitz durch seine Gewaltuntergebenen.[2] Hatte er ihnen ein

7) l. 1 § 5 D. h. t. 41, 2. Nach B.G.B. ist Willensunfähigen verstattet Besitz zu erwerben. Vgl. Bürgerl. R. Bd. 3 § 17 a. E.

8) Über den Besitzerwerb durch Kinder vgl. Savigny, Besitz § 21, Puchta im rhein. Museum Bd. 5 n. 3, ferner Denzinger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 31 n. 7 und n. 13, Vangerow § 204 Anm. 1. Es beschäftigen sich mit demselben zwei Quellenstellen: l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Der Rechtssatz, den hier Paulus lehrt, hat sich offenbar in einer Zeit gebildet, in welcher der Erwerb des Besitzes für den Mündel durch seinen Vormund noch nicht anerkannt war. Er erhielt sich dann traditionell auch in die Zeit hinein, wo dies möglich wurde, l. 1 § 20 D. h. t. Wir müssen aber heute derartige Vorgänge so auffassen, daß der Vormund auf Grund seines Besitzwillens durch das Kind für das Kind Besitz erwirbt. So verschwindet die Anomalie. Von größerer praktischer Bedeutung ist l. 3 C. de acq. et ret. poss. 7, 32. Imp. Decius. Donatorum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur, quamvis enim sunt auctorum sententiae dissentientes. tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Savigny a. a. O. unterstellt, daß die auctoritas tutoris dem Kinde in dem vom Kaiser entschiedenen Falle zur Seite stand. So schon früher Donellus, comm. jur. civ. V. cap. 11 und neuerdings Vangerow a. a. O. Wie ist es aber denkbar, daß der Kaiser gerade das Moment nicht hervorheben sollte, auf welchem das entscheidende Gewicht läge! Puchta dagegen a. a. O. nimmt an, daß das Kind durch die Tradition Besitz erwerbe, weil in solchem Falle durch den Tradenten wie sonst durch den Tutor der unvollständige animus des Kindes seine feste Richtung erhalte. Im wesentlichen stimmen wir Puchta bei. Weiter geht Hölder, Pand. § 39 Anm. 2.

9) l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

1) Schloßmann, der Besitzerwerb durch Dritte 1881. Diese Abhandlung gelangt

kulium eingeräumt, so erlangte er den Besitz an den Pekuliarsachen, auch wenn er von deren Erwerb im einzelnen nicht wußte.[3]

2. Besitzerwerb durch Gewaltfreie kam erst in der klassischen Kaiserzeit zur Anerkennung.[4]

Zunächst ließ man Besitzerwerb durch Prokuratoren zu.[5] Diese Prokuratoren waren zum großen Teile Freigelassene; die Zulassung des Besitzerwerbes durch sie war daher häufig tatsächlich nur die Fortsetzung des vor der Freilassung bestehenden Verhältnisses.[6] Doch reichte es nicht aus, daß man sich unter dem Namen und Titel eines Prokurators dem Hause eines Herrn attachiert hatte. Vielmehr mußte entweder Mandat oder Genehmigung des Geschäftsherrn hinzukommen. Das Mandat konnte ein generelles sein. Der Geschäftsherr erwarb den Besitz durch seinen Prokurator also auch ohne spezielle Kenntnis der Besitzergreifung.[7] Wer die Stellung eines Prokurators habe, mußte, da es sich um ein flüssiges soziales Verhältnis handelte, oft zweifelhaft sein. Dies veranlaßte wohl, Besitzerwerb durch freie Personen schlechthin anzuerkennen, auch wenn sie nicht Prokuratoren des Auf-

---

zwar zu anfechtbaren Resultaten, hat aber durch ihre anregende und selbständige Auffassung die Lehre wesentlich gefördert. Schlechthin negierend gegen Schloßmann ist Mitteis, Stellvertretung 1885 S. 51 ff. Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrnisserwerb 1899. Vgl. auch Kniep a. a. O. S. 210, Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 42 ff., gegen den letzteren Kipp bei Windscheid § 155 Anm. 7a.

2) Gaj. Inst. II §§ 89, 90. Bestritten war, ob der Gewalthaber durch Personen Besitz erwerben könne, die in seiner manus oder in seinem mancipium waren, weil man diese Personen selbst nicht besitze. Ob aus dem gleichen Grunde jemals auch der Besitzerwerb durch Hauskinder in Frage gestellt wurde, darüber wird nichts berichtet.

3) l. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 44 § 1 D. h. t. 41, 2. Hiervon abgesehen, erwarb der Herr durch die Hausuntergebenen Besitz nur im Falle seiner Kenntnis.

4) Oben § 118 Anm. 10.

5) Über den Begriff der Prokuratoren vgl. § 119 Anm. 15.

6) Schloßmann a. a. O. S. 161.

7) l. 13 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Neratius libro 6 regularum. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti, l. 42 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2. Ulpianus libro 4 regularum. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus ille adquirit possessionem: quodsi sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem, vgl. l. 23 D. de neg. gest. 3, 5, Paulus sent. V. 2 § 2. Offenbar ist hier die Rede von einem Prokurator im weiteren, d. h. im bloß sozialen Sinne. Er erwirbt dem Herrn, dem er sich attachiert hat, Besitz nur auf Grund des Mandates oder der Genehmigung. Dieses Mandat kann ein generelles wie ein spezielles sein. Daß die Juristen, wo sie bloß von einem generellen Mandat sprechen, sich meist etwas anders ausdrücken — vgl. Schloßmann a. a. O. S. 112 —, beweist hiergegen sicherlich nichts. Die Beanstandung der Stelle von Neratius durch Schloßmann S. 135 beruht auf vorgefaßten Meinungen. Es mag übrigens hervorgehoben werden, daß man auch im Fall eines Spezialmandates dann „ignorans" Besitz erwirbt, wenn man von der Ausführung des Mandates noch keine Kenntnis hat.

traggebers waren. In der späteren klassischen Kaiserzeit ist diese Entwicklung vollendet.[8] Hiermit kam man dringenden praktischen Bedürfnissen entgegen.

3. Der Stellvertreter kann beim Besitzerwerbe wie bei anderem Erwerbe in zwiefacher Art für den Geschäftsherrn handeln. Er kann ihm entweder den Besitz direkt erwerben oder sich selbst zum Besitzer machen in der Absicht, demselben die Sache nachher zu übertragen.[9] Darüber, welche Behandlungsweise eintritt, entscheidet die Absicht des Stellvertreters. Zwar wird der Stellvertreter nicht leicht eine ausdrückliche Erklärung abgeben, ob er direkt in fremdem Namen oder zunächst in eigenem erwerben will. Ja es kann an einem klaren Bewußtsein hierüber bei ihm selbst fehlen. Aber die Umstände geben meist genügenden Aufschluß. — Hat der Stellvertreter in eigenem Namen das der Besitzübergabe zu Grunde liegende Geschäft abgeschlossen und sich persönlich dem Mitkontrahenten für die Gegenleistung verpflichtet, so wird er gewönlich den Besitz zunächst für sich erwerben wollen und ihn auf den Geschäftsherrn erst übertragen, wenn dieser ihm Deckung für die übernommenen Verpflichtungen gewährt oder ihn befreit. Dies war in Rom bei Erwerbsgeschäften, welche Stellvertreter für ihre Auftraggeber abschlossen, das Übliche.[10] Heutzutage ist diese Art des Ge-

8) l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Severus et Antoninus. Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est (a. 196), l. 53 D. de a. r. d. 41, 1, Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium . . . per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

9) Im ersteren Falle wird der Geschäftsherr in der Regel unmittelbar mit dem Besitzerwerb durch den Stellvertreter Eigentümer der von diesem apprehendierten Sache, im zweiten wird der Stellvertreter deren Eigentümer und hat sie dem Vertretenen zu übereignen.

10) Folgende Stellen ergeben, daß die römischen Juristen regelmäßig Besitzerwerb des Stellvertreters für sich selbst annahmen, wenn er sich auf Grund eines von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes tradieren ließ, l. 59 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Callistratus libro 2 quaestionum. Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. l. 74 D. pro socio 17, 2. Paulus libro 62 ad edictum. Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare, l. 2 C. de his qui a non domino 7, 10 Alexander: Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus quem manumissum dicis possessio tibi tradatur. Vgl. ferner die bei Schloßmann S. 4 ff. zitierten Stellen. Dagegen heißt es in der l. 20 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Schloßmann hat den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Er findet daher einen kaum lösbaren Widerspruch in den Quellen. Der Versuch, ihn dadurch zu beseitigen, daß auch im jüngsten römischen Rechte Besitzerwerb durch freie Stellvertreter unzulässig

schäftsschlusses seltener, kommt aber gleichwohl vor, z. B. bei der Einkaufskommission.

Wer dagegen die Sache im Auftrag eines anderen auf Grund eines in dessen Person bestehenden oder zu begründenden Geschäfts oder sonstigen Verhältnisses erlangt hat, erwirbt diesem Besitz und Eigentum unmittelbar.[11] Dies auch dann, wenn ihm die Sache von ihrem bisherigen Besitzer übergeben wird, ohne daß er dem Tradenten gegenüber als Vertreter handelt.[12] [13]

4. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter setzt voraus:

a) daß der Stellvertreter die Sache in seine Gewalt bringt;[14]

b) die Absicht des Stellvertreters, hierdurch den Besitz für den Geschäftsherrn zu erwerben.

Die Absicht ist anzunehmen, wenn der Stellvertreter eine ihm für seinen Prinzipal übergebene Sache vorbehaltlos annimmt, auch wenn er denkt, aber nicht erklärt, daß er die Sache für sich oder einen Dritten erwerben wolle. Dergleichen innere Vorbehalte berücksichtigt das Recht nicht. Der Prinzipal hat also den Besitz durch die Übergabe erworben und ist damit in der Regel Eigentümer geworden. Eignet sich der Vertreter die Sache gleichwohl an, so erwirbt er zwar den Besitz durch Unterschlagung, das Eigentumsrecht des Vertretenen wird aber dadurch nicht berührt.[15]

---

gewesen sei und daß eine Ausnahme nur für den procurator omnium bonorum gegolten habe, steht in schroffem Gegensatze mit den Quellen. Vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 52 und vor allem Lenel a. a. O. S. 57 ff.

11) Lenel a. a. O. S. 57.

12) Vgl. R.G. Bd. 30 S. 142 und dort Angeführte. Gegen die Entscheidung Lenel a. a. O. S. 79.

13) Siehe ferner Lenel a. a. O. S. 90 ff. Nach B.G.B. ist zu unterscheiden, ob der Stellvertreter in einem äußerlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis steht, dann wird er bloßer Inhaber, der Vertretene allein Besitzer — § 855 — oder ob dies nicht der Fall ist, dann wird der Stellvertreter unmittelbarer, der Vertretene mittelbarer Besitzer. § 868. Vgl. oben § 174 Anm. 6.

14) Der Stellvertreter kann den physischen Besitz wiederum durch einen anderen haben. Kein Zweifel ist, daß ich besitze, wenn ich meinem Mandatar aufgebe, ein bestimmtes Pferd für mich zu kaufen und dieser es durch seinen Stallknecht abholen läßt, ohne Rücksicht darauf, ob der Stallknecht weiß, daß sein Herr den Besitz des Pferdes für mich erwerben will.

15) In den Quellen findet sich ein Widerspruch. Die l. 37 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von Julianus libro 44 digestorum leugnet den Besitzerwerb des Geschäftsherrn. Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Dagegen sagt Ulpianus libro 7 disputationum l. 13 D. de donat. 39, 5, offenbar die Äußerung von Julian vor sich habend: Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi

c) Es ist endlich notwendig, daß der Geschäftsherr den Willen hat, durch den Stellvertreter zu erwerben. Dieser Wille kann der Besitzergreifung als Auftrag vorhergehen oder derselben als Genehmigung nachfolgen.

Richtiger Ansicht nach genügt ein genereller Auftrag.[16] Derselbe liegt namentlich darin, daß man den Stellvertreter zur Verwaltung seines Vermögens oder eines Geschäftszweiges anstellt. Man erklärt hierdurch sein Einverständnis zu jedem Besitzerwerb, welcher bei einer derartigen Verwaltung vorkommt.

§ 181. Besitzübertragung durch Erklärung.

1. Der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter war kaum anerkannt, als der scharfe Geist von Celsus daraus die Folge zog, daß sich eine Besitzübertragung schon durch den beiderseitig erklärten Willen vollzieht, wonach der bisherige Besitzer fortan für den anderen Teil besitzt.[1 2]

---

et socio adquirat: mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. Der Widerspruch scheint uns offen zu Tage zu liegen und ist bei einer Frage, wie die hier behandelte, wohl erklärlich. Indessen sind die Meinungen sehr geteilt und die Versuche, einen Einklang herzustellen, zahlreich. Siehe die Literatur bei Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 7, ferner Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 434 Anm. 3. Die neuesten Arbeiten über die Frage sind von Schloßmann a. a. O. S. 429 ff. und von Zoll ebendaselbst Bd. 9 S. 37. Vgl. noch R.G. in Strafs. Bd. 26 S. 389, Lenel a. a. O. S. 63 ff., Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 18.

16) So auch R.G. Bd. 19 S. 248. Daß genereller Auftrag genügt, hat namentlich J. Bremer in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 11 n. 7 ausgeführt, und gegen Schirmer ebendaselbst Bd. 14 n. 3 und Bd. 17 n. 8 dargetan. So auch Arndts § 140 Anm. 2, Windscheid § 155 Anm. 9, Zimmermann, die stellvertretende neg. gestio, dagegen aber Brinz Bd. 1 S. 519 ff. Schloßmann glaubt von Entscheidungen der Quellen, wie die oben Anm. 7 angeführten, absehen zu dürfen. Er kommt zu dem Resultate, daß der Besitz, welchen man für einen Dritten ergreife, diesem auch ohne Mandat und Genehmigung von Rechts wegen erworben sei. Nur das Ausschlagen des Besitzes soll dem Destinatär verstattet sein. Dies Ergebnis ist den Quellen ebenso entgegen wie der Praxis.

1) Celsus libro 23 digestorum, l. 18 pr. D. h. t. 41, 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1 von Ulpian.

2) P. Verloren, het constitutum possessiorium in het Romeinsche recht, Utrecht 1867; Ruhstrat, über das constitutum possessorium in Jherings Jahrb. Bd. 14 n. 7; die Gutachten von Exner, Behrend, Leonhard in den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages — 1880 — Bd. 1 und die Verhandlung hierüber Bd. 2 S. 84 ff.; Leonhard in Gruchots Beiträgen Bd. 25 S. 514; Harburger, das c. possess. 1881; Biermann, das c. possess. Berl. Inaug.Diss. 1885; Hirzel, das const. poss. Züricher In.Diss. 1893. Vgl. ferner Jhering, Besitzwille S. 210, Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 34, Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 18 S. 1.

Die Erklärung ersetzt die körperliche Übertragung der Sache auf den Erwerber und deren Rückübertragung auf den bisherigen Besitzer zur Aufbewahrung und erspart so Mühe, Zeit und Geld. Da sich dieser Vorgang durch einen bloßen Beschluß — constituere — vollzieht, so pflegt man ihn constitutum possessorium zu nennen.[3]

In der Regel geht die Absicht und der Effekt außer auf die Besitzübertragung zugleich auf die Übereignung der Sache.

Zu Grunde liegt meist ein Doppelgeschäft, nämlich einmal ein Übereignungsgeschäft, z. B. Verkauf oder Schenkung, und zweitens ein sekundäres Geschäft, welches die weitere Innehabung des Tradenten rechtfertigt, z. B. Vorbehalt des Nießbrauchs oder einer Miete oder Vereinbarung eines Mandates oder eines Depositums.[4] Nicht richtig aber ist die Behauptung vieler neuerer Schriftsteller, daß die Hervorhebung oder gar die Gültigkeit beider Geschäfte Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Besitzübergangs durch constitutum possessorium sei.[5] Vielmehr genügt der beiderseitige Wille, um den andern Teil zum Besitzer zu machen. Dieser Wille muß natürlich subjektiv einen Grund haben, aber dieser Grund braucht nicht nachgewiesen zu werden; es ist auch nicht nötig, daß er rechtsgültig sei, es handele sich denn um verbotene, vom Recht schlechthin zu ignorierende Zwecke.[6] [7] [8]

---

3) Über die Entstehung des Namens siehe Biermann traditio ficta S. 51. Die mittelalterliche Jurisprudenz forderte die solenne Erklärung: constituo me possidere nomine alieno. Das constitutum possessorium galt den älteren Schriftstellern als eine Abart der „ficta traditio", vgl. oben § 178 am Ende.

4) Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1, wo eine „Pacht", l. 28, l. 35 § 5 C. de donat. 8, 53, wo ein „Nießbrauch" vorbehalten wird. Da der Wille, in fremdem Namen zu besitzen, hier aus dem abgeschlossenen Geschäfte folgt, so spricht man in derartigen Fällen von einem „stillschweigenden" Konstitutum.

5) Sog. „causa detentionis". Exner, Tradition S. 143 führt aus, die Erklärung in fremdem Namen zu besitzen, „sei leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der tradierten Sache beim Geber zurückbleibe". Vgl. gegen Exner vorzugsweise Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 327, Biermann trad. ficta S. 371, siehe auch Kroschel const. poss. im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 n. 7; Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 8b in den letzten Auflagen; Goldschmidt Studien, S. 14; R.G. Bd. 19 S. 239, anders Bd. 5 S. 182. — Die Gegenansicht schien empfehlenswert, weil sie den Zweck verfolgte, Simulationen entgegenzutreten. In der Tat dient sie diesem Zwecke aber nicht. Denn wer simulierten Besitzübergang plant, dem ist es ein leichtes, außerdem ein Geschäft zu simulieren, z. B. Miete, welches der Rückhaltung der durch Erklärung übergebenen Sache zur Rechtfertigung dient.

6) Häufig behauptet man — so auch unsere erste Auflage — daß in der Erklärung, man tradiere oder übereigne eine Sache, ein constitutum possessorium nicht liege. Man beruft sich hierfür auf die l. 48 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Es ist dies jedoch viel zu allgemein. Die Fälle liegen sehr verschieden. Erklärt man z. B. ein Grundstück zu tradieren, so ist darin in der Regel nicht zugleich die Erklärung zu finden, daß man es fortan als Vertreter für den anderen Teil besitze; so l. 48 cit. Wer aber z. B. Staatspapiere verkauft und dem Käufer ohne sie zu überschicken,

Das constitutum possessorium ist für den Verkehr kaum entbehrlich. Einige Beispiele sollen dies zur Anschauung bringen. Man kauft ein Pferd; sofortige Zahlung des Preises ist Bedingung des Handels; man will sie aber nur leisten, wenn man dessen Besitz und Eigentum gleichzeitig erlangt, und kann doch das Pferd wegen längerer Abwesenheit derzeit nicht abnehmen. Der Pferdehändler verbindet sich daher, es in der Zwischenzeit zu verpflegen, tradiert es aber sofort durch constitutum possessorium. Ein Gelehrter ferner verkauft seine Bücherſammlung an eine öffentliche Bibliothek gegen sofortige Zahlung, ohne sich des Gebrauches entschlagen zu wollen. Er übereignet die Bücher gegen die Zahlung und behält den lebenslänglichen Nießbrauch. Eine Bank endlich, welche die Geschäfte ihrer Kunden besorgt und deren Wertpapiere verwahrt, kauft für ihre Klienten Papiere als Einkaufskommissionär ein und teilt ihnen unter Angabe der Nummern mit, daß sie die Papiere für sie in Depot genommen habe. Sie überträgt hiermit Besitz und Eigentum an den Geschäftsfreund und hat für ihn den Gewahrsam.[9]

Häufig verfolgt freilich ein wirkliches oder vorgebliches constitutum possessorium unlautere Zwecke. Es soll namentlich oft dazu dienen, dem Gläubiger den Zugriff auf die Habe seines Schuldners zu entziehen, indem diese der Schuldner in simulierter Weise veräußert und sich durch scheinbares constitutum possessorium den Gebrauch als Mieter zu sichern sucht. Die freie Beweiswürdigung, welche der jetzige Zivilprozeß gewährt, ermöglicht dem Richter, auf Anrufen der Beteiligten

---

schreibt, sie seien ihm übergeben, der besitzt sie fortan offenbar für den Käufer durch const. possessorium. Vgl. Bähr, Urteile des R.G. S. 54.

7) Dagegen B.G.B. § 930: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt." Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 101. — D. b. Gesetzbuch für Japan, übersetzt von Loenholm, § 183 freilich sagt: Wenn jemand erklärt, daß er die von ihm besessene Sache von nun an als Vertreter eines anderen besitzen wolle, so erwirbt der Vertretene dadurch das Besitzrecht an der Sache.

8) Wenn der bisherige Besitzer durch einen Stellvertreter besaß, so erheben sich bezüglich des c. p. zwei Fragen. a) Kann der Besitzer den Besitz auch in diesem Fall durch c. p. übertragen? Es ergibt sich dies folgerecht aus dem oben in § 180 Anm. 14 Ausgeführten. Dieser Ansicht ist auch R.G. Bd. 11 S. 53; dagegen erklärt sich Bähr a. a. O. Bd. 26 S. 331. b) Kann der Stellvertreter durch c. p. ohne Willen und Wissen dessen, für den er besitzt, einem Dritten Besitz übertragen? Dies hat R.G. Bd. 19 S. 239 bejaht. Ich halte es für unzulässig, vgl. oben § 179. Es steht im Widerspruch mit den Quellen und würde den Besitz an Objekten, welche wir durch einen Vertreter inne haben, äußerst prekär machen. Dagegen auch Biermann traditio ficta S. 401, Kohler a. a. O. S. 4.

9) Vgl. auch § 7 des R.Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 (Depotgesetz).

solchen Dingen energisch entgegenzutreten. Es war aber nicht gerechtfertigt und nicht erforderlich, wegen solcher Mißbräuche dem constitutum possessorium in künstlicher Weise Schranken zu ziehen, wie dies freilich das Bürgerliche Gesetzbuch getan hat.[10]

2. Ein Gegenstück des constitutum possessorium ist die traditio brevi manu. Hierbei überträgt der bisherige Besitzer dem bisherigen Vertreter, z. B. seinem Pächter, den Besitz und in der Regel auch das Eigentum durch seine Erklärung. Auf Grund dieser Ermächtigung und infolge seines Entschlusses wird der bisherige Stellvertreter juristischer Besitzer.[11]

§ 182. Besitzverlust.

Während die Begründung des Besitzes Wille und Apprehension fordert, tritt die Endigung ein, wenn der Wille oder die reale Gewalt aufgehoben wird.[1] In der Regel ist ein positives Ereignis — in contrarium actum[2] — erfordert. Die Endigungsgründe sind folgende:

1. Aufhebung der Gewalt über die Sache. Sie liegt nicht in bloß zeitweiser Störung des Verhältnisses,[3] sondern nur in dauernder Entziehung.

Der Besitz besteht daher fort, wenn die Sache bloß verlegt ist oder an drittem Orte, z. B. in einem öffentlichen Parke, vergessen liegen blieb;[4] er erlischt aber, wenn die Sache derart verloren ist, daß das Wiederfinden nicht in Aussicht steht;[5] der Besitz erhält sich, wenn sich zahmes Vieh verlaufen hat; er geht unter, wenn es sich dauernd verirrt und verwildert.[6] Nimmt jemand ein Objekt, z. B. ein Buch, eigen-

10) Vgl. Anm. 7.

11) l. 9 § 5 D. de a. r. d. 41, 1, l. 62 pr. D. de evict. 21, 2, l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12, 1, l. 9 § 2 D. de Publiciana a. 6, 2. Ebenso B.G.B. § 929 letzter Satz.

1) B.G.B. § 856 Abs. 1 bestimmt: „Der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert."

2) Vgl. l. 153 D. de R. J. 50, 17, unten Anm. 10.

3) Ebenso B.G.B. § 856 Abs. 2.

4) l. 3 § 13, l. 44 pr. D. h. t. 41, 2.

5) Vgl. l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 72 ad edictum. Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. — Cum grano salis zu nehmen ist der Ausspruch von Pomponius libro 23 ad Quintum Mucium l. 25 pr. D. h. t. 41, 2: Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

6) So ist zu verstehen l. 3 § 13 D. h. t. 41, 2 pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Der Besitz wilder Tiere geht mit ihrer Flucht

mächtig aus unserem Gewahrsam in der Absicht, es nach dem Gebrauche, z. B. der Lektüre, zurückzubringen, so erhält sich unser Besitz; er endigt an Mobilien, wenn sie gestohlen werden,[7] an Grundstücken, wenn ein anderer an ihnen einen festen Besitzstand erlangt hat.[8]

Der Besitz an Sachen, die nicht in unserem Gewahrsam sind, insbesondere an offenen Grundstücken, kann auch ohne eine Entziehung durch Dritte infolge fortgesetzter Vernachlässigung aufhören, so daß ein bestimmter Zeitpunkt seines Endes kaum zu bestimmen ist.[9]

2. Der Besitz endigt durch den Entäußerungswillen des Besitzers. Seine Erklärung kann durch Wort oder Tat geschehen.[10] Der Besitz geht nicht dadurch verloren, daß man sich seiner nicht erinnert.

Der Entäußerungswille kann gültig nur von Willensfähigen gefaßt

---

unter. l. 5 pr. D. de a. r. d. 41. 1. Hierüber das Nähere beim Eigentumsrecht unten § 223.

7) l. 15 D. h. t. 41, 2.

8) Vgl. oben § 178 Anm. 11.

9) l. 40 § 1, l. 47 D. h. t. 41, 2. l. 37 § 1 D. de usurp. 41, 3. Auf diesen Grund des Verlustes hat namentlich Jhering, Grund des Besitzesschutzes S. 210 ff. aufmerksam gemacht. Man streitet, ob die Endigung infolge Vernachlässigung „animo“ oder „corpore“ geschehe. Das letztere ist richtig. Es ist denkbar, daß der in Amerika hausende Besitzer, welcher wegen eines Vergehens aus der Heimat floh, sich des Ackers, den er in Europa zurückließ, sehr wohl erinnert und Besitzwillen hat. Dennoch erlischt sein Besitz, wenn er lange Zeit nicht in der Lage ist, sich um sein Grundstück zu kümmern. Vgl. Goldschmidt, Grundlagen S. 265. Anders Kniep a. a. O. S. 22.

10) Nur auf die freiwillige Besitzentäußerung bezieht sich nach ihrem Zusammenhange — so Kniep, vacua possessio, S. 135 — die famose Äußerung von Paulus libro 65 ad edictum in l. 153 D. de R. J. 50, 17, sowie in l. 8 D. h. t. Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamus, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus, ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est, vgl. auch l. 46 D. h. t. 41, 2. Viele — insbesondere Savigny § 30 — lassen Paulus hier sagen, daß der Besitz durch das eine oder das andere verloren geht. Doch unmöglich kann dies hier „utrumque“ bedeuten. Wo bliebe dann der Parallelismus zwischen Erwerb und Verlust, auf welchen Paulus Gewicht legt. Nein, Paulus verlangt hier beides zusammen; der bloße Wille genügt ihm zum Verlust nicht; es muß die physische Herrschaft gleichfalls aufgehoben sein. Gleichwohl soll nach anderen Aussprüchen der Wille der Dereliktion zum Verlust ausreichen l. 44 § 2 D. h. t. Papinianus libro 23 quaestionum . . . ejus quidem quod corpore teneremus possessionem amitti vel animo vel etiam corpore und insbesondere l. 3 § 6 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum . . . igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Wie erklärt sich der Widerspruch. Ich schließe mich Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 340 an. Paulus wiederholt in l. 8 D. h. t. eine altherkömmliche Rechtsregel, wonach zum Besitzentäußerungswillen tatsächliche Besitzaufgabe hinzukommen mußte. Diese Regel konnte man festhalten, weil es das Nächstliegende und Normale ist, daß wer den Besitz an einer Sache aufgeben will, sich auch der körperlichen Herrschaft über sie durch eine Tathandlung entschlägt, z. B. sie wegwirft. Aber der praktische Sinn der Römer ließ sie jene Regel später doch nicht allgemein festhalten. Danach erkannte man — mehr ausnahmsweise — Besitzverlust auch an, wenn der Besitzentäußerungswille in anderer Weise fraglos dokumentiert ist. Anders Kierulff S. 390 und unsere drei ersten Auflagen. Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 312 ff.

und erklärt werden. Geisteskranke und Kinder sind daher hierzu nicht im stande.[11] Vertreter willensunfähiger Personen können aber durch ihren Willen an deren Statt den Besitz aufgeben.

Der Besitzentäußerungswille kann ein bedingter sein. Eine derartige Bedingung liegt in der Ermächtigung des Verkäufers an den Käufer, sich in den Besitz der Kaufsache zu setzen. Denn der Tradent will hier den Besitz erst aufgeben, wenn der Käufer in den Besitz kommt. Geschieht dies nicht, so bleibt der Tradent Besitzer. Anders ist es bei der Übergabe durch Aushändigung der Sache. Hier gibt der Tradent durch Wille und Tat den Besitz endgültig auf. Der Verlust des Besitzes ist daher auch eingetreten, wenn ihn der andere Teil nicht erwerben sollte.[12]

3. Der Besitz erlischt ferner durch den Tod des Besitzers. Der Erbe bedarf einer neuen Besitznahme.[13] [14] Die Ersitzung läuft indes

---

11) l. 29 D. h. t. 41, 2. In der l. 27 D. eod. sagt Proculus libro 5 epistularum sogar: Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum furet, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere. Dies erklärt sich daraus, daß man den Besitz von Grundstücken durch Okkupation Dritter erst verliert, wenn man von derselben Kenntnis hat und sie nicht zu beseitigen weiß. Da aber der Vormund den Willensunfähigen repräsentiert, so ist nach heutigem weiter entwickelten Rechte anzunehmen, daß der Besitz am Grundstück endet, wenn der Vormund den Weggang erfahren hat und die Okkupation nicht beseitigt.

12) Die l. 18 § 1 D. h. t. und die l. 34 D. eod. gelten als Antinomien, jedoch ohne Grund. Von der Tradition unter Einhändigung der Sache handelt l. 18 § 1 D. h. t. Celsus libro 23 Digestorum. Si furioso, quem suae mentis esse existimas, — eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus — rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas, illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere quia existimat se transferre. Ganz anders Ulpianus libro 7 disputationum l. 34 D. eod. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus . . . sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. So auch Papinian in der l. 18 pr. D. de vi 43, 16. Wer dem Käufer die Ermächtigung zur Besitznahme gibt, will den Besitz nicht unbedingt und sofort aufgeben. Er erklärt vielmehr, sich desselben dann zu entäußern, wenn der Käufer sich in den Besitz setzen wird. Der Zweifel im Falle Ulpians knüpfte sich daran, daß der Käufer in das Grundstück, zu dessen Besitznahme er ermächtigt war, in der Tat einging, wenn auch aus Irrtum. Dies hält Ulpian mit Recht für bedeutungslos. Denn der in der Ermächtigung liegende Besitzentäußerungswille ist bedingt durch die Besitzergreifung des Ermächtigten, nicht durch dessen zufälliges Hineingehen in das Grundstück. Dieser Erklärung, die bereits in meinem Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 155 Anm. 12 angedeutet ist, steht nahe die von Kohler im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 186 ff. Dort sowie bei Randa, Besitz § 22 Anm. 9 siehe abweichende Ansichten, vgl. auch Schmidt, z. L. v. d. Wirkung der Rechtsgeschäfte 1888 S. 3, Piniński a. a. O. Bd. 2 S. 42 ff., Hirsch a. a. O. S. 238 ff.

13) Anders B.G.B. § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über". Vgl. namentlich Strohal, d. deutsche Erbr. 2. A. § 63 S. 325.

bisherige Besitzer den Vorgang erfährt und die Besitzergreifung entweder duldet oder nicht zu beseitigen vermag. Doch genügt es auch, wenn sich der bisherige Besitzer um den Besitz lange Zeit nicht kümmert.[7]

Viertes Kapitel.

Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 184. Wesen der Besitzklagen.

1. Die römischen Besitzklagen zerfallen in drei Arten, nämlich in die interdicta retinendae, recuperandae und apiscendae possessionis.[1]

a) Die i. retinendae possessionis bezwecken Erhaltung des bestehenden Besitzes. Dahin gehört das i. uti possidetis zum Schutze des Besitzes an Immobilien und das i. utrubi zu Gunsten des Besitzes an Mobilien. Im justinianischen Rechte ist das letztere im ersteren aufgegangen. Seit dem Mittelalter nennt man das Rechtsmittel possessorium ordinarium; neben dasselbe trat seitdem das poss. summariissimum.

b) Die interdicta recuperandae possessionis bezwecken Wiedererlangung verlorenen Besitzes. In Rom gehörte hierher vorzugsweise das i. unde vi. An seine Stelle ist infolge des kanonischen Rechtes die Spolienklage getreten.[2]

c) Mannigfachster Art sind die i. apiscendae possessionis zur

durch den Vertretenen ist sicher unzulässig. Dies scheint auch Bruns, Besitzklagen S. 109 ff. anzunehmen. Die Literatur findet sich bei Windscheid und Arndts a. a. O.

7) B.G.B. läßt die hier besprochenen Fragen offen. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 21 S. 66.

1) Gaj. Inst. IV § 143, § 2 J. de interdictis 4, 15, l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Über Besitzklagen vgl. Bruns, die Besitzklagen 1874, Duncker, die Besitzklage und der Besitz 1884, Pflüger, die s. g. Besitzklagen des röm. R. 1890, Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43, 44 Teil 5 1896.

2) Savigny a. a. O. § 42 hat das i. de precario unter die interdicta recuperandae possessionis eingereiht. So auch Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, Brinz § 184. Mit Recht haben sich Jhering, Besitzschutz S. 96 und Bruns, Besitzklagen S. 180 hiergegen erklärt. Die Römer selbst zählen das i. de precario nie zu den possessorischen Interdikten. Es unterscheidet sich von diesen vor allem wesentlich dadurch, daß die Einrede des Eigentumes des Beklagten Platz greift, l. 4 § 3 D. de precario 43, 26. Dies ist im Widerspruch mit dem Charakter einer possessorischen Klage. Daß man die Einrede des Eigentumes formell durch den Satz rechtfertigte, „rei suae precarium non esse", ändert hieran nichts. Die Literatur über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, vgl. auch Pflüger a. a. O. S. 153. Gegen Savigny neuerdings auch Ubbelohde a. a. O. S. 297 mit selbständiger Begründung.

Verschaffung eines Besitzes, welchen man bisher nicht hatte. Solche Besitzklagen hat namentlich der Erbe behufs Erlangung der körperlichen Erbschaftssachen. Hierzu dient ihm das interdictum quorum bonorum und die Immission aus äußerlich fehlerfreiem Testamente, sowie das i. quod legatorum behufs Herausgabe legierter Objekte, die der Legatar eigenmächtig in Besitz nahm. Apiscendae possessionis ist ferner das i. Salvianum, mittels dessen der Verpächter den Besitz der vom Pächter auf das Pachtgut gebrachten, ihm verpfändeten Inventarstücke in Anspruch nimmt.

2. Das Gemeinsame der Besitzklagen ist, daß sie die Regelung des Besitzes als solchen zum Ziele haben. Es handelt sich bei ihnen nicht um die Frage des Rechtes, sondern nur um den Besitz.[3][4]

Der Streit um Besitz und derjenige um Eigentum sind getrennt. Jeder verfolgt besondere Ziele. Die Besitzesklage darf durch den Streit um das Recht nicht aufgehalten werden.

Daher ist gegenüber der Besitzklage die Einrede, daß der Beklagte Eigentümer sei, unzulässig.[5]

Wird das Eigentum des Klägers rechtskräftig anerkannt, so erledigt sich damit die Besitzklage.[6] Wer mit der Besitzklage rechtskräftig unterliegt, ist nicht gehindert, nunmehr sein Recht zum Besitze gerichtlich geltend zu machen.[7] In diesem Sinne begründet die Entscheidung im Besitzprozesse nur ein Provisorium.[8]

---

3) Savigny § 35 bezeichnet als possessorisch nur Klagen, die sich auf Besitz und dessen deliktartige Verletzung stützen. Daher betrachtet er nur die interdicta retinendae und recuperandae possessionis als wahre Besitzklagen. Die interdicta apiscendae possessionis, deren Fundament nicht Besitz ist, hätten, führt er aus, nichts mit den Besitzklagen gemeinsam. Denn daß der Besitz das Ziel der Klage ist, sei nichts den Besitzklagen Eigentümliches, finde sich vielmehr auch bei vielen petitorischen Klagen. — Diese Behauptungen erhielten weite Verbreitung. Ihering hat sie, Grund des Besitzesschutzes S. 66, gründlich widerlegt. Er sieht übereinstimmend mit der älteren gemeinrechtlichen Doktrin das Charakteristische der Besitzesklage darin, daß es sich bei ihr nur um den Besitz, nicht um das Recht zum Besitz handelt, so daß durch sie nur ein Provisorium geschaffen wird.

4) B.G.B. § 858 ff. gibt die Besitzklage nur im Falle einer Störung oder Entziehung des Besitzes und nur wegen „verbotener Eigenmacht".

5) Auch B.G.B. § 863 läßt gegenüber den Besitzklagen die Geltendmachung eines Rechts zum Besitze nicht zu.

6) Petitorium absorbet possessorium. Vgl. B.G.B. § 864 Abs. 2.

7) l. 14 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2. Paulus libro 70 ad edictum. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

8) Gegen die Auffassung der Besitzklagen als provisorische Rechtsmittel erklärt sich energisch Savigny § 36. In der Tat geben diese Klagen keine vorläufigen Entscheidungen über eine Frage, die später noch einmal und dann peremptorisch verhandelt werden kann. Sie erledigen vielmehr — abgesehen vom summariissimum — die Besitzfrage endgültig. Nehmen wir jedoch das Verhältnis in seiner Totalität, so

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185. Das Wesen der besitzerhaltenden Interdikte.

1. Savigny betrachtete die interdicta retinendae possessionis nicht minder als die Interdikte zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes als Deliktsklagen.[1]

Dafür berief er sich auf das vom Prätor ausgesprochene „vim fieri veto" beim interdictum uti possidetis, sowie darauf, daß sich die Klage aus dem Interdikte auf Gewalt gegen diesen prätorischen Befehl gründete.[2]

Darin lag ein verzeihlicher Irrtum Savignys. Aber heutzutage wissen wir, daß jener Ausspruch des Prätors nur dazu diente, dem Prozesse die Form zu geben, da sich an denselben eine gegenseitige Gewaltansage auf dem Grundstück anschließen mußte, die auch nur Form war.[3] Im Grunde handelte es sich hier ähnlich wie bei der alten vindicatio nur darum, die Gegenansprüche der Parteien in ganz bestimmter Weise zu formulieren und zugleich auf dem Grundstück selbst vor Zeugen — vielleicht auch dem künftigen Richter — augenscheinlich zu machen. An die symbolische Gewalt knüpften sich dann gegenseitige Strafsponsionen. Die Verurteilung aus ihnen hing davon ab, wer fehlerfreien Besitz in dem in Anspruch genommenen Maße hatte. Den Kern des Verfahrens bildete also die Entscheidung der Besitz-

---

ergibt sich, daß die Entscheidung, welche nur den Besitz reguliert, hinsichtlich des endlichen Ausganges der Sache etwas Provisorisches und Interimistisches hat.

1) Savigny, Recht des Besitzes § 37 S. 396. Dagegen aber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 306; Vangerow Bd. 1 § 336 Anm. 1; Hermann Witte, das interdictum uti possidetis 1863 S. 40; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 196, Ubbelohde bei Glück Buch 43, 44 T. 2 S. 398; siehe ferner Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 17, Bruns, Besitzklagen S. 49, Saleilles in nouvelle revue hist. de droit français Bd. 16 S. 245 ff.

2) Savigny selbst machte sich freilich den Einwand, daß die i. ret. possessionis auch dazu dienten, die Parteirollen für die Eigentumsklage festzustellen l. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17. Doch dies führte er auf eine Fiktion zu befürchtender Gewalt zurück.

3) Daß es sich bei der gegenseitigen Gewaltansage nur um einen Prozeßakt handelte, um symbolische und keineswegs um natürliche und wilde Gewalt, geht mit voller Bestimmtheit aus Gaj. Inst. IV § 170 hervor, wonach der Prätor gegen denjenigen „secutoria interdicta" gab, welcher cetera ex interdicto non faciat „veluti qui vim non faciat". Die prozessualischen Zwecke der Gewaltansage hat Exner, die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abt. Bd. 8 S. 167 aufgehellt. Es handelte sich dabei übrigens nur um eine Übertragung dessen, was bei der Vindikation zur Zeit der legis actiones üblich war und den Anfängen der Rechtsbildung zugehört. Vgl. Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes S. 47 ff.

frage; alles andere war Umhüllung oder stand in zweiter Linie.[4] [5] Mit einer Deliktsklage hatte diese Besitzklage hiernach nichts gemeinsam.

2. An die Seite des interdictum uti possidetis bezüglich der Immobilien stellte man das interdictum utrubi bezüglich der Mobilien. Beide Rechtsmittel waren verschieden. Das i. uti possidetis schützte Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes.[6] Das i. utrubi schützte den Streitenden, welcher im letzten Jahre länger als der andere Teil besaß.[7] Besitz, welchen man vom anderen Teile vi, clam oder precario hatte, kam bei beiden Interdikten dem Besitzer nicht zu gute.

3. Die beiden Interdikte wurden von den Römern der Kaiserzeit i. retinendae possessionis genannt. Damit sollte ihr Hauptcharakter bezeichnet werden. Aber sie dienten der Erhaltung des Besitzes keineswegs ausschließlich. Sie hatten vielmehr sehr häufig rekuperatorische Funktion. Beim i. utrubi liegt dies auf der Hand. Hier siegte auch, wer den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes nicht hatte, sofern er nur längeren Besitz als der Gegner im letzten Jahre gehabt hatte. Die eingehende Betrachtung ergibt, daß das i. uti possidetis nicht minder rekuperatorisch wirken konnte.

4. Seit Diokletian wurden Interdikte in alter Form nicht mehr erlassen. Die Besitzklage wurde unmittelbar auf Grund des Ediktes angestellt.[8]

5. In der christlichen Kaiserzeit setzte man endlich das interdictum utrubi dem i. uti possidetis gleich.[9]

---

4) Gaj. Inst. IV § 166[a] judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat.

5) Während des Prozesses erhielt — nach dem Ergebnis der fructus licitatio — der eine Teil interimistischen Besitz. Wurde der Besitzprozeß zu Gunsten seines Gegners entschieden, so wurde diesem das Cascellianum oder secutorium judicium auf Herausgabe des Besitzes neben den Sponsionsklagen gewährt.

6) Die Formel des interdictum uti possidetis lautete nach l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Vgl. oben § 171 Anm. 4, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 138 S. 1200.

7) Das interdictum utrubi konstruiert Lenel, edictum perpetuum S. 392 folgender Gestalt: Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Vgl. l. un. pr. D. utrubi 43, 31, Gaj. Inst. IV §§ 150, 160, Karlowa a. a. O. S. 1201.

8) § 8 J. de interdictis 4, 15.

9) l. 1 § 1 D. utrubi 43, 31.

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185. Das Wesen der besitzerhaltenden Interdikte.

1. Savigny betrachtete die interdicta retinendae possessionis nicht minder als die Interdikte zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes als Deliktsklagen.[1]

Dafür berief er sich auf das vom Prätor ausgesprochene „vim fieri veto" beim interdictum uti possidetis, sowie darauf, daß sich die Klage aus dem Interdikte auf Gewalt gegen diesen prätorischen Befehl gründete.[2]

Darin lag ein verzeihlicher Irrtum Savignys. Aber heutzutage wissen wir, daß jener Ausspruch des Prätors nur dazu diente, dem Prozesse die Form zu geben, da sich an denselben eine gegenseitige Gewaltansage auf dem Grundstück anschließen mußte, die auch nur Form war.[3] Im Grunde handelte es sich hier ähnlich wie bei der alten vindicatio nur darum, die Gegenansprüche der Parteien in ganz bestimmter Weise zu formulieren und zugleich auf dem Grundstück selbst vor Zeugen — vielleicht auch dem künftigen Richter — augenscheinlich zu machen. An die symbolische Gewalt knüpften sich dann gegenseitige Strafsponsionen. Die Verurteilung aus ihnen hing davon ab, wer fehlerfreien Besitz in dem in Anspruch genommenen Maße hatte. Den Kern des Verfahrens bildete also die Entscheidung der Besitz-

---

ergibt sich, daß die Entscheidung, welche nur den Besitz reguliert, hinsichtlich des endlichen Ausganges der Sache etwas Provisorisches und Interimistisches hat.

1) Savigny, Recht des Besitzes § 37 S. 396. Dagegen aber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 306; Vangerow Bd. 1 § 336 Anm. 1; Hermann Witte, das interdictum uti possidetis 1863 S. 40; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 196, Ubbelohde bei Glück Buch 43, 44 T. 2 S. 398; siehe ferner Jhering, Grund des Besitzesschutzes S. 17, Bruns, Besitzklagen S. 49, Saleilles in nouvelle revue hist. de droit français Bd. 16 S. 245 ff.

2) Savigny selbst machte sich freilich den Einwand, daß die i. ret. possessionis auch dazu dienten, die Parteirollen für die Eigentumsklage festzustellen l. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17. Doch dies führte er auf eine Fiktion zu befürchtender Gewalt zurück.

3) Daß es sich bei der gegenseitigen Gewaltansage nur um einen Prozeßakt handelte, um symbolische und keineswegs um natürliche und wilde Gewalt, geht mit voller Bestimmtheit aus Gaj. Inst. IV § 170 hervor, wonach der Prätor gegen denjenigen „secutoria interdicta" gab, welcher cetera ex interdicto non faciat „veluti qui vim non faciat". Die prozessualischen Zwecke der Gewaltansage hat Erner, die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abt. Bd. 8 S. 167 aufgehellt. Es handelte sich dabei übrigens nur um eine Übertragung dessen, was bei der Vindikation zur Zeit der legis actiones üblich war und den Anfängen der Rechtsbildung zugehört. Vgl. Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes S. 47 ff.

frage; alles andere war Umhüllung oder stand in zweiter Linie.[4] [5] Mit einer Deliktsklage hatte diese Besitzklage hiernach nichts gemeinsam.

2. An die Seite des interdictum uti possidetis bezüglich der Immobilien stellte man das interdictum utrubi bezüglich der Mobilien. Beide Rechtsmittel waren verschieden. Das i. uti possidetis schützte Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes.[6] Das i. utrubi schützte den Streitenden, welcher im letzten Jahre länger als der andere Teil besaß.[7] Besitz, welchen man vom anderen Teile vi, clam oder precario hatte, kam bei beiden Interdikten dem Besitzer nicht zu gute.

3. Die beiden Interdikte wurden von den Römern der Kaiserzeit i. retinendae possessionis genannt. Damit sollte ihr Hauptcharakter bezeichnet werden. Aber sie dienten der Erhaltung des Besitzes keineswegs ausschließlich. Sie hatten vielmehr sehr häufig restitutorische Funktion. Beim i. utrubi liegt dies auf der Hand. Hier siegte auch, wer den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes nicht hatte, sofern er nur längeren Besitz als der Gegner im letzten Jahre gehabt hatte. Die eingehende Betrachtung ergibt, daß das i. uti possidetis nicht minder restitutorisch wirken konnte.

4. Seit Diokletian wurden Interdikte in alter Form nicht mehr erlassen. Die Besitzklage wurde unmittelbar auf Grund des Ediktes angestellt.[8]

5. In der christlichen Kaiserzeit setzte man endlich das interdictum utrubi dem i. uti possidetis gleich.[9]

---

4) Gaj. Inst. IV § 166[a] judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat.

5) Während des Prozesses erhielt — nach dem Ergebnis der fructus licitatio — der eine Teil interimistischen Besitz. Wurde der Besitzprozeß zu Gunsten seines Gegners entschieden, so wurde diesem das Cascellianum oder secutorium judicium auf Herausgabe des Besitzes neben den Sponsionsklagen gewährt.

6) Die Formel des interdictum uti possidetis lautete nach l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Vgl. oben § 171 Anm. 4, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 138 S. 1200.

7) Das interdictum utrubi konstruiert Lenel, edictum perpetuum S. 392 folgender Gestalt: Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Vgl. l. un. pr. D. utrubi 43, 31, Gaj. Inst. IV §§ 150, 160, Karlowa a. a. O. S. 1201.

8) § 8 J. de interdictis 4, 15.

9) l. 1 § 1 D. utrubi 43, 31.

§ 186. Die ordentliche Besitzklage.[1]

Seit dem Mittelalter erhielt das i. uti possidetis den Namen des possessorium ordinarium, also der ordentlichen Besitzklage.

Ihr Zweck ist Anerkennung des Besitzes durch den Richter und Verwirklichung der Konsequenzen dieser Anerkennung. Sie betreibt also in erster Linie die Entscheidung der Besitzfrage. Aber sie ist nicht rein präjudiziell. Sie bezweckt auch das Verbot künftiger Störung, sowie Schadensersatz wegen geschehener Störung.[2]

1. Die Grundlage der Klage in ihrer einfachsten Gestalt ist *juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Erhebung der Klage.*[3][4]

Zur Passivlegitimation gehört, daß der Beklagte den Besitz des Klägers wörtlich oder tätlich in Frage gestellt hat.[5] Er beunruhigt ihn wörtlich durch die Behauptung eigenen Besitzes, sowie durch die Drohung der Entsetzung oder Störung; er greift ihn tätlich an durch störende Einwirkung auf die Sache, sowie durch Behinderung des Besitzers in seinem Besitze.[6] Die Störung kann in Handlungen, die eine Fortsetzung fürchten lassen, wie in dem Innehaben von Anlagen auf fremdem Boden liegen.[7] Nicht erfordert ist, daß die Bedrohung oder Störung auf dem Anspruch eigenen Besitzes beruhe,[8] oder daß beim Störer Bewußtsein und Absicht bestehe, fremden Besitz anzutasten.[9]

---

1) Tit. Dig. uti possidetis 43, 17. Vgl. Bruns, der ältere Besitz und das possessorium ordinarium in Bekkers Jahrb. Bd. 4 n. 1, sowie Bruns, Besitzklagen S. 1 ff., Bähr a. a. O. S. 242. Die Besitzklage des B.G.B. § 862 ersetzt das possessorium ordinarium des gemeinen R., vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 26 S. 81.

2) Es gibt drei Hauptansichten über den Grundcharakter des possessorium. a) Nach Savigny handelt es sich um eine Deliktsklage. Dies ist bereits widerlegt. b) Nach anderen ist die Klage Präjudizialklage über die Besitzfrage, vgl. l. 1 § 3 D. uti possidetis 43, 17, Ihering, Besitzschutz S. 93. c) Bruns, Besitzklagen S. 50, setzt den Zweck der Klage in das Verbot der Störung in Gemäßheit der l. un. C. uti possidetis 8, 6. — Daß dies ihr einziger Zweck war, läßt sich indessen hieraus nicht entnehmen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 3b.

3) § 4a J. de interdictis 4, 15 . . . ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

4) Die Besitzklagen des B.G.B. stehen jedem „Besitzer" zu, wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, auch dem „mittelbaren" Besitzer. Der bloße Inhaber — § 855 — hat wohl das Recht der Selbstverteidigung, nicht aber Besitzklagen — § 860.

5) Eine enge und unzureichende Basis gab der Passivlegitimation Savigny S. 400, indem er von dem Standpunkte einer Deliktsklage ausging und wenigstens grundsätzlich „Gewalt" seitens des Beklagten forderte. In der Durchführung verflüchtigte sich freilich dieses Erfordernis.

6) l. 3 § 2 D. h. t. 43, 17.

7) l. 3 § 7 D. h. t. 43, 17.

2. Die ordentliche Besitzklage ist doppelseitig — duplex —,[10] so daß Kläger und Beklagter die gleiche Stellung haben.

Denn einfache Abweisung des Klägers, welcher Besitz nicht dartut, ließe die Frage, ob der Beklagte Besitzer sei, in der Schwebe, und es wäre zu fürchten, daß der durch Urteil nicht endgültig geschlichtete gerichtliche Kampf um den Besitz sich außergerichtlich fortsetze. Der Richter hat daher den Besitz des Beklagten anzuerkennen und zu schützen, wenn der Kläger seinen Besitz nicht erhärtet.

3. Im Streit um Rechte führt man den Beweis durch die Titel, welche sie dereinst begründeten. Der Besitz dagegen ergibt sich aus Tatsachen der Gegenwart, welche sein Bestehen zur Zeit ergeben, z. B. aus dem Bewohnen eines Hauses, der Bebauung eines Ackers.

Nicht selten freilich läßt sich gegenwärtiger Besitz nur aus Tatsachen der Vergangenheit dartun. Der Besitz eines entfernten Waldes kann z. B. vielleicht nur durch den Nachweis dargetan werden, daß man im letzten Herbste oder vor noch längerer Zeit das Holz schlug. Die früher häufig verteidigte Regel „olim possessor, hodie possessor“ ist nicht allgemein richtig, aber sie wird unter Umständen zutreffen.

Es kommt vor, daß beide Streitteile längere Zeit Besitzhandlungen unabhängig voneinander vornahmen, z. B. durch Holzschlagen in einem Walde, Viehauftreiben auf eine Weide, Fischerei in einem Gewässer. Hier kann sich fragen, wer als der Besitzer, wer als Besitzstörer anzusehen ist. Die Praxis geht zur Feststellung des Besitzes auf die älteren Besitzhandlungen zurück, zieht auch wohl zur Beurteilung der Handlung den Titel des Besitzerwerbs in Betracht.[11]

Gemeinrechtliche Praktiker der vergangenen Jahrhunderte stempelten hiernach das possessorium ordinarium geradezu zu einer Klage aus älterem Besitz.[12] Sie gaben ihr also einen petitorischen Charakter. Der ältere ehemalige Besitz überwog den derzeitigen jüngeren Besitz. Die Doktrin hat seit Savigny diese in der Bildung begriffene Praxis nicht mehr gelten lassen;[13] neuere Versuche, sie auf Grund des deutschen Rechtes neu zu befestigen,[14] hatten keinen durchschlagenden Erfolg.[15]

8) l. 3 § 3 D. h. t. 43, 17. Der Mieter prätendiert keinen Besitz, dennoch wird das Interdikt gegen ihn gewährt.

9) Siehe namentlich Bruns, Besitzklagen S. 59 ff. Über die Literatur vgl. auch Windscheid § 159 Anm. 5.

10) § 7 J. de interdictis 4, 15, l. 3 § 1 D. h. t. 43, 17. Anders B.G.B.

11) Die berühmte Dekretale: Licet causam cap. 9 X. de probat. 2, 19 gab hierzu eine Handhabe. — Vgl. übrigens Bähr a. a. O. S. 243.

12) Vgl. z. B. Leyser med. spec. 499 med. 6 und 7.

13) Savigny S. 528.

3. Das summariissimum hatte anfänglich nur prozessualische Eigentümlichkeiten. Es bezweckte eine vorläufige Ordnung in schleuniger Weise. Allmählich bildeten sich auch materielle Besonderheiten heraus. Die jüngste ruhige Besitzhandlung wird zu Grunde gelegt. Der provisorische Besitz konnte je nach dem Ergebnis dem Beklagten wie dem Kläger zugeteilt werden.[4] Die Klage war also duplex. Gelang keinem Teile der Nachweis ruhigen Besitzes, so kam es zur Sequestration der streitigen Sache.[5]

4. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das summariissimum beseitigt. Einstweilige Verfügungen, welche das Gericht im Fall des Bedürfnisses gemäß C.P.O. § 935 nach seinem Ermessen anordnet, geben für dasselbe Ersatz.[6]

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 188. Römische rekuperatorische Besitzklagen.[1]

1. Gewaltsame Vertreibung aus dem Besitze eines Grundstückes begründete das interdictum de vi auf Wiederherstellung des Besitzes.[2] [3]

a) Als Kläger ist legitimiert, wer durch Gewalt den juristischen Besitz[4] seines Grundstücks verloren hat.

Die Gewalt muß persönlich sein.[5] Sie kann im Hinaustreiben —

4) Dies wurde um so wichtiger, je mehr man sich gewöhnte, in der ordentlichen Besitzklage auf den ältesten fehlerlosen Besitz zurückzugehen. Vgl. Bruns a. a. O. S. 401.

5) Man schützte auch den Detentor, siehe Bruns a. a. O. S. 403. Dem Detentor in eigenem Interesse wird man die Klage auch heute nicht verweigern dürfen, wenn man ihm die Spolienklage einräumt, vgl. unten § 189 Anm. 6.

6) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 399.

1) Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller, semestria ad Ciceronem II cap. 1 §§ 2 und 3. Keller, Institutionen S. 42. Ubbelohde a. a. O. Teil 5 S. 1. M. Gaertner, d. gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust 1901.

2) Neben dem interdictum de vi wurde in der Zeit der Bürgerkriege ein verschärftes Rechtsmittel, das i. de vi armata aufgestellt. Im Hadrianischen Edikte hatten nach Lenel, edictum perpetuum, die beiden Interdikte folgende Formeln: a) unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas. b) unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Die Belege siehe bei Lenel a. a. O., abweichend Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1206. Bei dem i. de vi armata fiel die exceptio vitiosae possessionis weg, ferner die Beschränkung auf ein Jahr, endlich forderte man hier nicht juristischen Besitz in der Person des Klägers: gegen letzteres freilich Karlowa a. a. O. S. 1207, Gaertner S. 35. Im justinianischen Rechte sind die beiden Interdikte verschmolzen. Die exceptio vitiosae possessionis ist jetzt auch bei dem interdictum de vi quotidiana ausgeschlossen, vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43. 16, siehe aber auch l. 17 D. eod.

3) Das interdictum de vi war wahrscheinlich jünger als das i. uti possidetis. Das letztere war prohibitorisch, das erstere restitutorisch, was einigermaßen als Fingerzeig gelten kann.

4) l. 1 §§ 9 und 23 D. h. t. 43, 16.

Dejektion — des Besitzers oder in der Verhinderung — Prohibition — seines Eintretens liegen.[6] Gewalt, welche den Besitzer zur Übergabe bestimmt, gehört nicht hierher.[7] Bloße Störung des Besitzes durch Gewalthandlungen begründet das Interdikt nicht.[8]

b) Beklagter ist der Dejizient, mag er nun den Besitz haben oder nicht.[9] Dritte, welche den Besitz der gewaltsam entzogenen Sache erhalten, unterliegen dem Interdikte nicht.

c) Dem Beklagten liegt Wiederherstellung — Restitution — ob. Sie besteht in Herausgabe des Grundstückes, seiner Früchte und Accessionen — causa —, sowie der auf dem Grundstücke zur Zeit der Dejektion vorhandenen Sachen, endlich in Schadensersatz.[10]

d) Haben Familienglieder, Dienstpersonal oder auch sonstige Dritte für einen anderen ohne Auftrag und Genehmigung eine gewaltsame Dejektion vorgenommen, so haftet der Vertretene auf das, was an ihn gelangt ist. Im Falle eines Auftrages oder seiner Genehmigung wird er behandelt, wie wenn er selbst die Gewalttat vollzogen hätte.[11]

e) Nach einem Jahre geht die Klage nur auf die Bereicherung des Beklagten.[12] Das römische Recht läßt auch den Erben des Dejizienten nur auf Höhe der Bereicherung haften.[13]

2. In der christlichen Kaiserzeit trat die Tendenz hervor, die Wiedererlangung verlorenen Besitzes zu fördern.[14] Insbesondere stellte man eigenmächtige Besitznahme von Grundstücken während Abwesenheit ihres Besitzers gewaltsamer Dejektion gleich.[15] Manche behaupten, daß man

5) Erforderlich ist vis atrox l. 1 §§ 3, 29 D. h. t. 43, 16. Es genügt also nicht bloßes Handeln gegen das Verbot, l. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17, noch weniger bloße Scheingewalt.

6) Das Interdikt sprach von dejicere. Das prohibere wurde gleichgestellt l. 3 § 8 D. h. t. 43, 16. l. 12 und l. 18 D. eod., vgl. ferner l. 1 § 47 D. eod. Ubbelohde a. a. O. S. 50 ff.

7) l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum . . . non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

8) l. 11 D. h. t. scheint freilich das Gegenteil zu besagen. Sie ist an einen nicht passenden Ort geraten.

9) l. 1 § 42 D. h. t.

10) l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

11) l. 1 §§ 11 ff. D. h. t.

12) l. 1 pr. § 39 D. h. t.

13) l. 1 § 48 D. h. t.

14) In den Quellen der christlichen Kaiserzeit wird oft eine actio momentariae possessionis oder actio momenti erwähnt. Nach dem Vorgange von Cujacius — obs. I 20, XIX 16 — behauptet Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 104, daß diese Klage den rekuperatorischen Besitzesschutz auf erweiterte Grundlagen gestellt habe. Vgl. hiergegen die ausführliche Deduktion von Bruns, Besitzklagen S. 84 ff., Ubbelohde S. 662 ff.

15) l. 11 C. unde vi 8, 4. Pflüger, Besitzklagen S. 358.

3. Das summariissimum hatte anfänglich nur prozeſſualiſche Eigentümlichkeiten. Es bezweckte eine vorläufige Ordnung in ſchleuniger Weiſe. Allmählich bildeten ſich auch materielle Beſonderheiten heraus. Die jüngſte ruhige Beſitzhandlung wird zu Grunde gelegt. Der proviſoriſche Beſitz konnte je nach dem Ergebnis dem Beklagten wie dem Kläger zugeteilt werden.[4] Die Klage war alſo duplex. Gelang keinem Teile der Nachweis ruhigen Beſitzes, ſo kam es zur Sequeſtration der ſtreitigen Sache.[5]

4. Das Bürgerliche Geſetzbuch hat das summariissimum beſeitigt. Einſtweilige Verfügungen, welche das Gericht im Fall des Bedürfniſſes gemäß C.P.O. § 935 nach ſeinem Ermeſſen anordnet, geben für dasſelbe Erſatz.[6]

III. Rekuperatoriſche Beſitzklagen.

§ 188. Römiſche rekuperatoriſche Beſitzklagen.[1]

1. Gewaltſame Vertreibung aus dem Beſitze eines Grundſtückes begründete das interdictum de vi auf Wiederherſtellung des Beſitzes.[2 3]

a) Als Kläger iſt legitimiert, wer durch Gewalt den juriſtiſchen Beſitz[4] ſeines Grundſtücks verloren hat.

Die Gewalt muß perſönlich ſein.[5] Sie kann im Hinaustreiben —

4) Dies wurde um ſo wichtiger, je mehr man ſich gewöhnte, in der ordentlichen Beſitzklage auf den älteſten fehlerloſen Beſitz zurückzugehen. Vgl. Bruns a. a. O. S. 401.

5) Man ſchützte auch den Detentor, ſiehe Bruns a. a. O. S. 403. Dem Detentor in eigenem Intereſſe wird man die Klage auch heute nicht verweigern dürfen, wenn man ihm die Spolienklage einräumt, vgl. unten § 189 Anm. 6.

6) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 399.

1) Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller, semestria ad Ciceronem II cap. 1 §§ 2 und 3. Keller, Inſtitutionen S. 42. Ubbelohde a. a. O. Teil 5 S. 1. M. Gaertner, d. gerichtliche Schutz gegen Beſitzverluſt 1901.

2) Neben dem interdictum de vi wurde in der Zeit der Bürgerkriege ein verſchärftes Rechtsmittel, das i. de vi armata aufgeſtellt. Im Hadrianiſchen Edikte hatten nach Lenel, edictum perpetuum, die beiden Interdikte folgende Formeln: a) unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas. b) unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Die Belege ſiehe bei Lenel a. a. O., abweichend Karlowa, röm. Rechtsgeſch. Bd. 2 S. 1206. Bei dem i. de vi armata fiel die exceptio vitiosae possessionis weg, ferner die Beſchränkung auf ein Jahr, endlich forderte man hier nicht juriſtiſchen Beſitz in der Perſon des Klägers; gegen letzteres freilich Karlowa a. a. O. S. 1207, Gaertner S. 35. Im juſtinianiſchen Rechte ſind die beiden Interdikte verſchmolzen. Die exceptio vitiosae possessionis iſt jetzt auch bei dem interdictum de vi quotidiana ausgeſchloſſen, vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43, 16, ſiehe aber auch l. 17 D. eod.

3) Das interdictum de vi war wahrſcheinlich jünger als das i. uti possidetis. Das letztere war prohibitoriſch, das erſtere reſtitutoriſch, was einigermaßen als Fingerzeig gelten kann.

4) l. 1 §§ 9 und 23 D. h. t. 43, 16.

Dejektion — des Besitzers oder in der Verhinderung — Prohibition — seines Eintretens liegen.[6] Gewalt, welche den Besitzer zur Übergabe bestimmt, gehört nicht hierher.[7] Bloße Störung des Besitzes durch Gewalthandlungen begründet das Interdikt nicht.[8]

b) Beklagter ist der Dejizient, mag er nun den Besitz haben oder nicht.[9] Dritte, welche den Besitz der gewaltsam entzogenen Sache erhalten, unterliegen dem Interdikte nicht.

c) Dem Beklagten liegt Wiederherstellung — Restitution — ob. Sie besteht in Herausgabe des Grundstückes, seiner Früchte und Accessionen — causa —, sowie der auf dem Grundstücke zur Zeit der Dejektion vorhandenen Sachen, endlich in Schadensersatz.[10]

d) Haben Familienglieder, Dienstpersonal oder auch sonstige Dritte für einen anderen ohne Auftrag und Genehmigung eine gewaltsame Dejektion vorgenommen, so haftet der Vertretene auf das, was an ihn gelangt ist. Im Falle eines Auftrages oder seiner Genehmigung wird er behandelt, wie wenn er selbst die Gewalttat vollzogen hätte.[11]

e) Nach einem Jahre geht die Klage nur auf die Bereicherung des Beklagten.[12] Das römische Recht läßt auch den Erben des Dejizienten nur auf Höhe der Bereicherung haften.[13]

2. In der christlichen Kaiserzeit trat die Tendenz hervor, die Wiedererlangung verlorenen Besitzes zu fördern.[14] Insbesondere stellte man eigenmächtige Besitznahme von Grundstücken während Abwesenheit ihres Besitzers gewaltsamer Dejektion gleich.[15] Manche behaupten, daß man

5) Erforderlich ist vis atrox l. 1 §§ 3, 29 D. h. t. 43, 16. Es genügt also nicht bloßes Handeln gegen das Verbot, l. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17, noch weniger bloße Scheingewalt.

6) Das Interdikt sprach von dejicere. Das prohibere wurde gleichgestellt l. 3 § 8 D. h. t. 43, 16. l. 12 und l. 18 D. eod., vgl. ferner l. 1 § 47 D. eod. Ubbelohde a. a. O. S. 50 ff.

7) l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum . . . non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

8) l. 11 D. h. t. scheint freilich das Gegenteil zu besagen. Sie ist an einen nicht passenden Ort geraten.

9) l. 1 § 42 D. h. t.

10) l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

11) l. 1 §§ 11 ff. D. h. t.

12) l. 1 pr. § 39 D. h. t.

13) l. 1 § 48 D. h. t.

14) In den Quellen der christlichen Kaiserzeit wird oft eine actio momentariae possessionis oder actio momenti erwähnt. Nach dem Vorgange von Cujacius — obs. I 20, XIX 16 — behauptet Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 104, daß diese Klage den rekuperatorischen Besitzesschutz auf erweiterte Grundlagen gestellt habe. Vgl. hiergegen die ausführliche Deduktion von Bruns, Besitzklagen S. 84 ff., Ubbelohde S. 662 ff.

15) l. 11 C. unde vi 8, 4. Pflüger, Besitzklagen S. 358.

das interdictum de vi auf Mobilien ausgedehnt habe, doch läßt sich dies nicht erweisen.[16] [17]

3. Besitz, welchen ein anderer ohne Rechtsgrund von uns erlangte, kann kondiziert werden. Diese Kondiktion ist aber nicht zu den Besitzklagen zu zählen. Der Kondiktionsbeklagte kann ihr gegenüber eigenes Eigentum vorschützen.[18]

§ 189. Spolieneinrede und Spolienklage.

Durch das kanonische Recht und die gemeinrechtliche Praxis wurde der rekuperatorische Besitzesschutz sehr gesteigert.[1]

Den Anstoß gaben gefälschte Kirchengesetze Pseudoisidors, laut deren ein spoliierter Bischof sich auf Anklagen nicht einzulassen brauchte, ehe ihm das Entrissene durch die Kirchengewalt zurückerstattet war. Diese gefälschten Gesetze, vor allem der canon redintegranda,[2] gingen in das Dekret Gratians über und kamen so zu allgemeiner Geltung.

Aus ihnen entsprang zunächst eine Einrede für den Spoliierten

---

16) l. 7 C. unde vi 8. 4 enthält das bekannte Verbot der Selbsthilfe und schreibt Restitution gewaltsam weggenommener Objekte vor. Ob für die Rückforderung aber das i. unde vi diente, darüber streitet man. Dafür ist Savigny § 40, dagegen u. a. Bruns, Recht des Besitzes § 7. Die Pandekten verwerfen das i. unde vi bei Mobilien. Sie verweisen auf andere Klagen l. 1 §§ 6 und 7 D. h. t. 43, 16. Dabei wird es wohl sein Bewenden haben müssen, trotzdem daß die Konstitution über gewaltsame Selbsthilfe in den Titel des Kodex unde vi eingereiht ist.

17) Streitig ist, ob es außer dem interdictum de vi ein solches de clandestina possessione gab. Dagegen ist Savigny S. 456, Lenel edictum perpetuum S. 377 Anm. 7, neuestens Ubbelohde a. a. O. S. 70. Aber Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 322 hat sein Bestehen wohl erwiesen, indem er sich nicht bloß auf l. 7 § 5 D. comm. div. 10, 3, sondern auch auf eine gelungene Interpretation der l. 6 § 1 D. de a. vel a. p. 41. 2 — oben § 178 Anm. 11 — stützt. Immerhin wurde es infolge der Entwicklung der Besitzlehre neben dem i. uti possidetis wenigstens bei Grundstücken überflüssig. Anders Gaertner a. a. O. S. 21.

18) Vgl. über diese Kondiktionen namentlich Bruns, Recht des Besitzes S. 27 und Besitzklagen S. 185, Bolze im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 79 S. 206, Trampedach in der Savigny-Ztschr. Bd. 17 S. 97, Ubbelohde S. 651, auch Windscheid § 161.

1) Eine sorgfältige Darstellung der historischen Entwicklung gibt Bruns, Recht des Besitzes S. 127 ff., ferner Ruffini l'actio spolii 1889, vgl. auch Maaßen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 8. Die Erörterung des Dogmas siehe bei Bruns, Besitzklagen S. 212 ff. Vgl. aber auch Delbrück, die dingliche Klage, und dessen Nachträge in Iherings Jahrb. Bd. 10 n. 2, sowie Ziebarth, Realexekution S. 276, 290. Neuerdings s. auch Bähr, Rechtsfälle des Reichsgerichts S. 37. Die Besitzklage des B.G.B. § 861 entspricht der Spolienklage.

2) c. 3 C. 3 qu. 1. Joannes urbis Romae episcopus scribit Zachariae archiepiscopo epist. I: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.

gegen Klagen jeder Art, bis das Spolium beseitigt war, womit man die Zurückerstattung des Entrissenen indirekt zu erzwingen suchte. Man leitete aus jenen Stellen bald aber auch eine Klage ab, — condictio ex canone —, um die Restitution direkt zu erzwingen.[3] In Deutschland nannte man sie seit dem 17. Jahrhundert Spolienklage. Zeitweise hatte sie eine ungemessene Ausdehnung; in der Mitte des vorigen Jahrhunderts zog man ihr engere Grenzen;[4] seit Savigny suchte man sie fast auf den Standpunkt des interdictum de vi zurückzuschrauben.[5] Neuerdings kehrt man zu einem Mittelmaß zurück.

1. Die Eigentümlichkeiten der Spolienklage sind folgende:

a) Sie kommt nicht bloß juristischem Besitz zu gute. Auch die Detention in eigenem Interesse,[6] insbesondere des Mieters, Pächters und Rententionsberechtigten reicht aus.[7]

Hiernach haben diese Personen, insbesondere Mieter und Pächter, Besitzesschutz, welchen sie in Rom nicht hatten. Dies entspricht den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Rechtsanschauungen der neueren Zeit.[8]

b) Die Spolienklage bezieht sich anerkanntermaßen nicht bloß auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien und auf Rechte.[9]

c) Gewalt gegen die Person ist zur Spolienklage nicht nötig. Es

---

3) Dies geschah zunächst durch die Kanonisten, vgl. hierüber Maaßen a. a. O. Innocenz III. hat gemäß ihrer Lehre die Klage — im conc. Lat. IV, 1215 — anerkannt und näher bestimmt cap. 18 X de rest. spol. 2, 13. Saepe contingit, ut quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurretur. Vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 179.

4) Über den Angriff von J. H. Böhmer. jus eccles. prot. II 13, doctr. de act. II 4 §§ 39, 40, siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 392; Ruffini a. a. O. S. 334.

5) Savigny § 50 S. 509 ff. Puchta, Pand. § 135 spricht „von der in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtenden Meinung der Praxis".

6) Schon Durantis gab die Klage aus dem can. dem bloßen Detentor, siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 231. Ihm folgten die späteren Schriftsteller überwiegend. Neuere Theoretiker haben sich seit Savigny meist gegen die Spolienklage des Detentors erklärt. Das Prinzip des Textes hat aber Bruns, Besitzklagen S. 226 ff. verteidigt; dasselbe wird auch vom R.G. Bd. 5 S. 164, Bd. 30 S. 138, Seuff. A. Bd. 47 n. 185 adoptiert. Literatur und Praxis siehe bei Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7b.

7) Es genügt der Mietbesitz. Einreden aus der Ungültigkeit des Miets- oder Pachtvertrages sowie der Auflösung des Miets- oder Pachtverhältnisses betreffen die Frage des Rechtes und sind gegenüber der Spolienklage unzulässig.

8) Über den Klageberechtigten nach B.G.B. vgl. oben § 186 Anm. 4.

9) Bruns, Besitzklagen S. 249.

genügt die unbefugte Entziehung des Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers.[10] Einreden des Spolianten aus einem behaupteten Recht sind auch gegenüber der Spolienklage unzulässig.

d) Die Klage geht wie gegen den Spolianten und dessen Erben, so auch gegen Dritte, welche die spoliierte Sache in Kenntnis des Spoliums erlangten.[11]

e) Wenn Kläger bewiesen hat, daß er früher besaß und daß nun der Beklagte besitzt, so liegt dem Beklagten seinerseits der Nachweis ob, daß er in einer ihn rechtfertigenden Weise in den Besitz kam.[12]

f) Die Klage unterliegt nur der dreißigjährigen Verjährung.[13]

2. Der Gerichtsgebrauch hat die Spolieneinrede des kanonischen Rechts festgehalten, aber in selbständiger Weise ausgebildet. Der Spoliierte hat sie hiernach nur gegenüber dem Spolianten und dessen Rechsnachfolgern. Sie kann gegen Zivilklagen jeder Art, insbesondere auch im Arrestverfahren vorgeschützt werden.

Im gemeinen Prozesse gehörte die Spolieneinrede zu den prozeßhindernden Einreden, gab also dem Beklagten die Befugnis, bis zu

---

10) Bruns, Besitzklagen S. 250. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 6. Ebenso B.G.B. § 861. Hat ein Gerichtsvollzieher Sachen gepfändet, welche nicht in dem Gewahrsam des Schuldners, sondern eines Dritten waren, so hat dieser die Spolienklage R.G. Bd. 14 S. 358 und dort Zitierte.

11) Das oben Anm. 3 zitierte cap. saepe gewährt die Klage gegen Dritte, welche die Sache vom Spolianten in Kenntnis des Spoliums erwarben. Ihering, Besitzwille S. 459. So auch B.G.B. § 858 Abs. 2. Nach dem Grunde dieses Gesetzes wird man die Klage auch gegen solche Dritte nicht versagen, welche den Besitz nicht vom Spolianten erhielten, z. B. die ihn vertrieben, wenn sie nur Kenntnis seines Spoliums hatten. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7. Dagegen erklärt sich jedoch Bruns, Besitzklagen S. 246. Die ältere Praxis ließ die Spolienklage selbst gegen dritte redliche Besitzer zu. Dies wurde aber schon im vorigen Jahrhundert nicht festgehalten.

12) Diese Beweisregel stellte schon Innocenz IV. in seinem Kommentare zu den Dekretalen auf und sie war lange Zeit gemeine Meinung — Bruns, Besitz im Mittelalter S. 223 ff. —, in neuerer Zeit aber wird sie meist als unwissenschaftlich verworfen, vgl. Bruns, Besitz S. 396, Besitzklagen S. 251. Die ältere Ansicht ist die richtige, vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 47 und in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 303. Bähr setzt den Fall, daß jemand, welcher nachweisbar ein Grundstück seit Jahren besaß und bewirtschaftete, dasselbe im Frühjahr, als er es bestellen will, von seinem Nachbar beackert und besäet findet. Soll er, wenn er daraufhin die Spolienklage anstellt, außer seinem Besitz beweisen, daß sein Nachbar keinen Grund für die Besitzergreifung gehabt habe? Welche Zumutung! Wie soll er dies anfangen! Windscheid freilich Bd. 1 § 162a Anm. 5 scheint eine derartige Beweisauflage für gerechtfertigt zu halten; denn er erklärt, freilich ohne seine Ansicht zu begründen, die hier vertretene Auffassung für „unzutreffend". Siehe hiergegen oben § 159 Anm. 10. Vgl. freilich R.G. Bd. 30 S. 110, Gaertner a. a. O. S. 111.

13) Dies ist Praxis, für welche man den Passus des c. redintegranda „quacunque condicione temporis" seit alters anführt. Vgl. jedoch Bruns, Besitzklagen S. 261. Nach B.G.B. § 864 erlischt der Anspruch in einem Jahre.

ihrer Erledigung die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.[14] Dieses Vorrecht hat sie nach der C.P.O. verloren;[15] das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie überhaupt beseitigt.

Fünftes Kapitel.

Rechtsbesitz.[1]

§ 190. Servitutenbesitz.

1. Neben den Sachbesitz stellte sich seit der Kaiserzeit der Rechtsbesitz oder Quasibesitz. Man kann ihn auch Servitutenbesitz nennen. Denn nur was die Form einer Servitut hatte, galt in Rom als Rechtsbesitz.

Vor allem hat Rechtsbesitz, wer als Nießbraucher eine Sache inne hat. Zur Zeit der Republik schrieb man dem Nießbraucher Sachbesitz zu. In der Kaiserzeit erklärte man ihn für einen Detentor des besitzenden Eigentümers und erkannte ihm selbst nur Rechtsbesitz zu.[2] Seitdem bezeichnete man auch die tatsächliche Ausübung der Grundgerechtigkeiten als Rechtsbesitz.[3]

2. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes vollzieht sich analog dem Sachbesitz.[4]

Der Erwerb insbesondere verlangt:

a) ein tatsächliches Verhältnis zur Sache. Dasselbe ist je nach den verschiedenen Arten der Servituten verschieden. Beim Nießbrauche besteht es in der Detention der Sache, bei Servituten, welche durch Handlungen des Servitutenberechtigten ausgeübt werden, in entsprechenden Handlungen, bei Servituten, die auf einer Anlage im Boden beruhen, muß diese Anlage hergestellt sein. Der Besitz von Servituten, die in einem Verbietungsrechte bestehen, verlangt, daß sich der Nachbar

14) Spoliatus ante omnia restituendus.

15) Nach dem cap. 1 de rest. spol. in 6to 2, 5 mußte die exceptio spolii binnen 15 Tagen nach dem Vorschützen bewiesen werden. Diese prozessualische Vorschrift war schon dem gemeinen Prozesse fremd.

1) Jhering, Besitz, im Handwörterbuch a. a. O. S. 423.

2) Man gab daher seitdem die i. unde vi und uti possidetis als utilia. l. 3 §§ 13, 15 D. de vi 43, 16, fragm. Vat. §§ 90, 91, l. 1 § 8 D. quod legatorum 43, 3, l. 4 D. uti possidetis 43, 17. Über die ältere Zeit siehe Keller, semestria ad Ciceronem I p. 343.

3) l. 7 D. de itin. actuque 43, 19, siehe unten Anm. 5, l. 2 D. comm. praed. 8, 4. Vgl. übrigens Gaj. Inst. IV § 139.

4) Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 152, 276.

dem wirklichen oder angeblichen Verbietungsrecht unterordnete, z. B. aus diesem Grund auf seinem Grundstück nicht baute.

b) Vorausgesetzt ist ferner, daß man die Ausübung als Recht in Anspruch nahm,[5] keineswegs aber, daß man sie auch für berechtigt hielt;[6] es ist also auch bösgläubiger Rechsbesitz möglich.

3. Man muß ein Recht prätendiert haben, aber nicht gerade eine Servitut. Es schadet daher namentlich nicht, wenn man sich etwa Eigentum statt Servitutrecht zuschrieb.[7] [8]

§ 191. Rechtsbesitz im gemeinen Rechte und im B.G.B.

1. Das kanonische Recht hat den Rechtsbesitz weit über die Grenzen des römischen Rechts ausgedehnt. Es beschränkt ihn nicht mehr bloß auf körperliche Objekte; es bilden Gegenstand des Rechtsbesitzes unter anderem kirchliche und weltliche Hoheitsrechte über Kirchen, Klöster, Gemeinden, Länder, kirchliche Ämter und Würden, hiermit verbundene Benefizien und Pfründen, Ehrenstellungen, Patronate und andere bei der Besetzung der Ämter vorkommende Rechte, endlich Zehnten und sonstige Reallasten. Man erkannte selbst den Ehebesitz an, d. h. man betrachtete als Besitzart das als Ehe erscheinende Verhältnis.[1]

Der Rechtsbesitz verlangt hiernach nur einen dauernden auf Fortwirkung in die Zukunft hinein angelegten Zustand rechtlicher Gestalt.[2] In diesem Umfange ist der Rechtsbesitz in das gemeine Recht übergegangen.[3] Doch fehlte es nicht an Widerspruch gegen diese Ausdehnung. Auch blieb er nicht ohne Erfolg. Insbesondere wird derzeit ein Ehebesitz nicht mehr anerkannt.[4]

2. Die Begründung des Rechtsbesitzes geschieht je nach seiner Art.

---

5) l. 7 D. de itinere actuque 43, 19. Celsus libro 25 Digestorum. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.

6) Nicht genau spricht sich daher Paulus libro 5 sententiarium l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6 aus. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. Ähnlich l. 1 § 19 D. de aqua 43, 20.

7) R.G. Bd. 4 S. 135. Anders Randa, Besitz 4. Auflage S. 674 ff.

8) Über den Schutz des Servitutenbesitzes vgl. unten § 257, siehe auch Bossert, das Wesen des Servitutenbesitzes 1883.

1) Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 185 ff., wo die Belegstellen gesammelt sind.

2) Savigny § 49 S. 505 sucht diese Beschränkung festzuhalten.

3) Bruns a. a. O. S. 383.

4) Bruns a. a. O. S. 421. R.G. Bd. 31 S. 172.

Sie kann in der Einführung in eine Stellung, insbesondere in ein Amt liegen, oder in der Ausübung entsprechender Befugnisse.[5]

3. Rechtsbesitz kann gegen Dritte, welche das Recht für sich in Anspruch nehmen, wie auch gegen den zur Leistung Verbundenen, z. B. den Abgabepflichtigen, geltend gemacht werden. In der Verweigerung der bisher üblichen Leistungen durch den Pflichtigen wird ein Spolium gesehen, welches die Spolienklage rechtfertigt.[6]

4. Das B.G.B. kennt Rechtsbesitz nur in sehr engen Grenzen.[7]

Zweiter Abschnitt.

Das Eigentumsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Begriff und Inhalt des Eigentumsrechtes.

I. Eigentum und gutgläubiger Besitz.

§ 192. Dingliche Rechte und Eigentum.

1. Dingliche oder Sachenrechte teilen uns die körperlichen Sachen, an denen sie haften, unmittelbar zu. Diese Sachen gehören uns, auch wenn sie in fremdem Besitze stehen. Wir „haben" sie im Rechtssinne, selbst wenn uns das tatsächliche Haben fehlt.[2] Erfolgt ihre Herausgabe seitens des Besitzers — die tatsächliche Restitution[3] —, so ändert sich nicht die Rechtsstellung der Beteiligten,

5) Vgl. Bruns a. a. O. S. 198 und die dort zitierten Stellen.

6) Bruns a. a. O. S. 206 ff.

7) B.G.B. §§ 1029, 1090 schützen Rechtsbesitz an gewissen Dienstbarkeiten. Außerdem erhält Einf.Ges. Art. 191 das bisherige Recht bezüglich des Besitzesschutzes für Dienstbarkeiten in weitgehender Weise aufrecht. In den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Verhältnissen z. B. des Wasserrechts kann er gleichfalls fortbestehen. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 30 S. 88.

1) Gesterding, Lehre vom Eigentum 1817. Karl Sell, römische Lehre des Eigentums 1852 und dazu Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 138 ff. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigentum Abt. 1, 2 und 3 1875 ff. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum 1883. — Randa, das Eigentumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1. Hälfte 2. Aufl. 1893.

2) Dies gilt insbesondere vom Eigentumsrechte, l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 49 ad Sabinum. „Habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet."

3) Zu unterscheiden ist also die juristische Restitution, welche in der Übereignung besteht, und eine tatsächliche, welche nur den Besitz überträgt.

sondern nur das Besitzverhältnis. Bei diesen Rechten waltet also der Gedanke, daß ein rechtliches, unsichtbares Band die Sache an das Rechtssubjekt knüpft.[4]

2. Das wichtigste dingliche Recht ist das Eigentumsrecht. Eine zweite Klasse bilden die Rechte an Sachen — jura in re (sc. aliena).

a) Das Eigentumsrecht ist das Recht allgemeiner Herrschaft über die körperliche Sache.[5] Es gewährt seiner Bestimmung nach jedwede Macht über die Sache,[6] welche nach Natur und Recht möglich ist.[7]

b) Die dinglichen Rechte im engeren Sinne unterwerfen eine fremde Sache dem Berechtigten nach bestimmten Richtungen und zu bestimmten Zwecken. Die Römer kennen vier Arten solcher Rechte, nämlich Servituten, Superfizies und Emphyteusis einesteils und das Pfandrecht andernteils. Den drei ersten Arten dienen die natürlichen Eigenschaften der körperlichen Sachen. Das Pfandrecht dagegen gibt das Veräußerungsrecht und macht damit den Tauschwert der Sache nutzbar.[8]

---

4) Siehe oben § 22 Anm. 5.

5) Die Römer nennen dominium, was „dem Herrn des Hauses" gehört, Grabenwitz in der Zeitschrift d. Savignystiftung r. A. Bd. 12 S. 135, selbst einen Nießbrauch, so l. 3 D. si usufr. pet. 7, 6, l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43, 24, siehe noch weiter l. 49 pr. D. de her. inst. 28, 5. Im engeren Sinne steht das Wort für Eigentum, „proprietas". l. 1 § 1 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 43 § 12 D. de furtis 47, 2, vgl. l. 13 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Der vulgäre deutsche Sprachgebrauch identifiziert Eigentum mit Vermögen. In diesem Sinne spricht man z. B. vom „literarischen Eigentumsrechte"; im engeren streng juristischen Sinne ist es die generelle Herrschaft über die körperliche Sache.

6) Die Definition des Eigentumsrechtes ist seit Jahrhunderten Gegenstand der Erörterung, ohne daß ein allseitig befriedigendes Resultat erzielt wurde; vgl. die bei Glück Bd. 8 S. 26 ff. zitierten Schriftsteller. — Früher bezeichnete man als Eigentümer, wer befugt sei, über die Substanz eines Objektes ausschließlich zu verfügen, vgl. das preuß. A.L.R. I 8 § 3. Schon Thibaut, Pand. 7. Auflage § 558 definiert Eigentum als die „ihrer Natur nach" unbedingte Macht. Boecking, Pand. Bd. 2 § 134 S. 7 hob nach dieser Richtung schärfer hervor: „die Natur oder das Wesen des Eigentums liege in der Abstraktheit und der der mannigfachsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjektes". Verfehlte Konstruktionen stützte hierauf Girtanner in Jherings Jahrb. Bd. 3 S. 83.

7) Häufig behauptet man, das Eigentum sei als solches „schrankenlos". Vgl. Windscheid Bd. 1 § 167 bei Anm. 3. Danach ständen die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen im Widerspruche mit der Idee des Eigentums. Hiergegen erklären sich zahlreiche neuere Schriftsteller, unter anderen Jhering, Zweck im Recht 1. Auflage Bd. 1 S. 520. In der That sind alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigentum, durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflußt und rechtlich gebunden. Auch die Geschichte zeigt uns keine Zeit, in welcher dies nicht der Fall gewesen wäre. Die Folgerungen jedoch, welche von den Sozialisten und zum Teil auch von Jhering a. a. O. S. 520 hieraus gezogen werden, sind nicht gerechtfertigt. Dies weiter zu verfolgen, ist hier nicht der Ort. Vgl. besonders Randa a. a. O. S. 423, v. Scheel, Art. Eigentum im Handb. der Staatswissensch. Bd. 3.

8) Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 11 „das Pfandrecht und die Servitut".

3. Das Eigentumsrecht ist begrifflich einer Art; aber es hat verschiedene Erscheinungsformen.

Es ist volles Eigentumsrecht, wenn es in der Tat die volle und ausschließliche Macht über die Sache gewährt. Es schließt dann Besitz, Nutzung, Gebrauch — die s. g. Nutzungsrechte — und das Recht der Veräußerung, der dinglichen Belastung und der Vindikation — die s. g. Proprietätsrechte — in sich, und zwar nicht als besondere Befugnisse, sondern als Ausflüsse des einen Eigentumes.[9]

Das Eigentum kann aber der ihm an sich zukommenden Befugnisse mehr oder weniger entkleidet sein. Oft ruhen Nießbrauchsrechte auf der Sache, welche dem Eigentümer die Nutzungen entziehen und nur nacktes Eigentum — nuda proprietas[10] — übrig lassen. Es gibt andere Einschränkungen, z. B. durch Veräußerungsverbote, welche noch einschneidender wirken. Solche Beschränkungen häufen sich unter Umständen derart, daß die Eigentumsbefugnisse völlig paralysiert sind. Gleichwohl verliert das Eigentum damit sein begriffliches Wesen nicht.[11] Es ist in solchen Fällen gehemmt, aber nicht abgestorben. Denn die Vollgewalt des Eigentumes tritt hervor, sobald die beschränkenden Befugnisse aus irgend einem Grunde erlöschen.[12] [13]

Freies, unbelastetes Eigentum ist wirtschaftlich und sozial ein hohes Gut. Gleichwohl lassen sich Belastungen nicht ausschließen. Aber

---

9) l. 5 pr. D. si ususfructus petetur 7, 6, Ulpianus libro 17 ad edictum: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere. qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet propietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Ältere Schriftsteller nehmen hiernach an, der Eigentümer habe zwar den usufructus „causalis“ seiner Sache, nicht aber den usufructus „formalis“.

10) §§ 1 und 4 J. de usufructu 2, 4, Gaj. Inst. II § 30, l. 4 D. de jure dotium 23, 3, l. 26 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2, l. 126 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

11) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse, hoc et Julianus, et est verius. Über die Aussprüche der römischen Juristen „ususfructus portionis instar obtinet“, „ususfructus in multis casibus pars dominii est“ vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 132.

12) Man spricht in diesem Sinne von „Elastizität“ des Eigentumes. § 4 J. de usufructu 2, 4 Cum autem finitus fuerit usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. Vgl. l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum. Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adcreverit, pignori erit.

13) Es gibt Fälle ruhenden Eigentumes, d. h. eines solchen, welchem jede gegenwärtige Wirkung fehlt, welches aber in der Zukunft wieder zu Kräften kommen kann.

das römische Recht suchte durch seine Konstruktion des Eigentumsrechtes herbeizuführen, daß sich schließlich die Herrschaftsrechte über die Sachen wieder in einer Hand vereinigten. Zu diesem Zwecke legte es die Fähigkeit und das Bestreben in das Eigentumsrecht, zur vollen Sachherrschaft heranzuwachsen.

4. In altrömischer Zeit kannte man das Eigentumsrecht nur als volles Herrenrecht. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung der dinglichen Rechte an fremder Sache tut dies dar. Superfizies und Vektigalrecht (Emphyteusis) gewannen ersichtlich erst in der Periode des Formularprozesses dingliche Kraft.[14] Auch das Pfandrecht erhielt erst durch den Prätor dinglichen Schutz.[15] Zur Zeit der Alleinherrschaft des jus civile waren von dinglichen Rechten an fremder Sache daher einzig die Servituten anerkannt. Unter diesen galten nur servitutes praediorum rusticorum, und zwar Wege- und Wassergerechtigkeiten, als res mancipii, die servitutes praediorum urbanorum und die persönlichen Dienstbarkeiten, insbesondere der Nießbrauch, waren res nec mancipii.[16] Dies gibt einen Fingerzeig dafür, daß die letzteren Servituten jüngeren Datums sind. Auch aus dem prätorischen Edikte über die Kautionspflicht des Nießbrauchers erhellt, daß der Nießbrauch sich nicht ohne Beihilfe des Prätors entwickelte. Entfernterer Vorzeit gehörten also nur die Weg- und Wasserservituten an. Für uralt sind auch diese Servituten nicht zu halten.[17] Ob die Zeit der 12 Tafeln sie kannte, ist zweifelhaft; erwähnt werden sie in den erhaltenen Bruchstücken dieses Gesetzes nicht. Wegservituten waren in der ältesten Zeit entbehrlich, weil bei der Zumessung der ländlichen Grundstücke allgemein für Kommunikationswege gesorgt wurde. Die Wasserverhältnisse regelte genügend die schon in den 12 Tafeln erwähnte actio aquae pluviae arcendae.[18]

Als sich im Laufe der Zeiten auf Grund unabweislicher Bedürfnisse dingliche Rechte an fremden Sachen ausbildeten, erhielt das Eigentum durch die juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher ihm im späteren römischen Rechte innewohnt.

5. Die dinglichen Rechte sind sämtlich mit einer dinglichen Klage — actio in rem — ausgerüstet.[19]

---

14) Vgl. z. B. l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

15) § 7 J. de act. 4, 6. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 63 ff.

16) Gaj. Inst. II §§ 15, 17, 29, 30.

17) Anders Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1884 S. 18.

18) Vgl. Elvers, Servituten Bd. 1 § 1.

19) Vgl. oben § 129.

Das Eigentum wird durch zwei dingliche Klagen geltend gemacht, nämlich die rei vindicatio und die actio negatoria. Die rei vindicatio ist die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Bei ihr handelt es sich um die Existenz des Eigentumes. Die actio negatoria verteidigt das Eigentum gegen Eingriffe Dritter. Sie dreht sich um die Frage des Umfanges des Eigentumes.

Dieselben Klagen schützen analog — utiliter — Superfizies und Emphyteusis.

Die Servitut wird durch die actio confessoria verteidigt, das Pfandrecht durch die actio hypothecaria zur Geltung gebracht.

Alle diese Klagen haben jedem gegenüber Anwendbarkeit, welcher mit dem Rechte des Klägers in Widerspruch tritt.

Es ist denkbar, daß der dinglich Berechtigte infolge besonderer Umstände der Klagemöglichkeit dauernd beraubt ist. Dies war nach römischem Rechte namentlich dann der Fall, wenn ein Erwerber die Sache dreißig Jahre besessen hatte und infolgedessen durch Klageverjährung gegen den Eigentümer geschützt war, ohne daß er ersessen hatte.[20] Doch nur gegen den Präskribenten und dessen Rechtsnachfolger war die Eigentumsklage ausgeschlossen, gegen Dritte, die zufälligerweise in den Besitz kamen, hatte sie volle Kraft.

§ 193. Bonitarisches, provinzielles Eigentum.

Es ist eine häufige geschichtliche Erscheinung, daß Besitzer, welche nicht Eigentümer sind, deren Besitz aber vom Eigentümer stammt oder die Weihe der Zeit für sich hat und die mit der Sache wirtschaften, auf ihr leben, bestrebt sind ihre Rechte zu erweitern und zu Eigentümern in stillem oder offenem Kampf mit den legitimen Eigentümern zu werden. Meist endigen solche Kämpfe mit dem endlichen Siege des Besitzers. Die römische Rechtsgeschichte gibt dafür Beispiele im bonitarischen und im provinziellen Eigentume.

1. Die klassischen römischen Juristen unterschieden das quiritarische Eigentum und das in bonis esse.[1]

Nach altrömischem Zivilrecht bedurfte es nämlich zur Veräußerung von res mancipii[2] entweder der mancipatio[3] oder der in jure cessio;

---

20) Vgl. oben § 150 Anm. 2.

1) Gaj. Inst. II §§ 40, 41, 54, I § 167. Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 n. 1. C. Appleton, histoire de la propriété prétorienne, Paris 1889 2 vol.; Erman, Ztschr. d. Savignystift. rom. Abt. Bd. 11 S. 212, Bd. 13 S. 173; Audibert in der nouvelle revue historique du droit français Bd. 14 S. 269; Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 139 S. 1208.

die Tradition gab an solchen Sachen kein Eigentum; Käufer, welchen sie bloß tradiert waren, unterlagen also, solange sie nicht ersessen hatten, der Vindikation des Verkäufers und seiner Rechtsnachfolger.[4] Doch mancipatio und in jure cessio wurden bei dem Wachstume des römischen Staates wegen des Erfordernisses der Gegenwart der Beteiligten bei diesen Akten oft lästig, zuweilen praktisch unausführbar. Dieselben waren auch wegen ihrer Unfähigkeit, Bedingungen aufzunehmen, nicht geschmeidig genug für die Bedürfnisse des entwickelten Verkehres.[5] So geschah es, daß mancher sich mit der bloßen Tradition der res mancipii begnügte, welche sich auch unter Abwesenden vollziehen konnte.

Der Prätor trat solchen Erwerbern schützend zur Seite; durch exceptio rei venditae et traditae sicherte er sie im Besitze gegen die Vindikation ihres Verkäufers[6] sowie der Rechtsnachfolger desselben[7] und gab ihnen im Falle des Verlustes des Besitzes die actio Publiciana,[8] so daß der etwa entgegengestellten exceptio dominii eine replicatio rei venditae et traditae die Spitze bot.[9]

---

2) Vgl. über diese Objekte oben § 67 bei Anm. 5.

3) Siehe oben § 97, Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 47 ff.

4) Gaj. Inst. II § 41.

5) Zutreffend bemerkt Jhering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abt. 1 4. Aufl. S. 261: „Was unser heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res mancipii die Tradition derselben mit Aufschub der Manzipation."

6) Die exceptio rei venditae et traditae lautete wohl „si non Ns Ns Stichum q. d. a. ab Ao Ao emit isque ei traditus est." Dies entspricht der Fassung der a. Publiciana und hierauf deutet l. 32 § 2 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1; die Bezeichnung „rei venditae et traditae" beweist nichts dagegen; sie war geboten, um den Wechsel der hinzuzudenkenden Subjekte zu vermeiden. l. 7 § 1 D. de cur. 27, 10, l. 14 D. de Publ. 6, 2 behandeln besondere Fälle und kommen für die Frage der Fassung der regulären exceptio nicht in Betracht. Die Veranlassung zu der jetzt verteidigten Annahme gab mir Hugo Krüger, exc. doli Heft 1, vgl. dazu Erman in d. Savignyzeitschrift rom. Abt. Bd. 14 S. 237. Dagegen freilich Karlowa a. a. O. S. 1216.

7) Aus l. 4 § 32 D. de doli mali exc. 44, 4 ergibt sich, daß es noch in der Hadrianischen Zeit zweifelhaft war, ob die exceptio den Rechtsnachfolgern des Veräußerers gegenüber zustehe; dadurch, daß sich Julian hierfür erklärte, gab er der Entwicklung des bonitarischen Eigentums den Abschluß. Aber erst Hermogenian formuliert in l. 3 § 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3 die Zulässigkeit der Einrede gegenüber den Rechtsnachfolgern des Veräußerers als festen Rechtssatz. So namentlich H. Krüger a. a. O. S. 83.

8) Das bezügliche Edikt führt an l. 1 pr. D. de Publiciana in rem actione 6, 2: si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 1 ff. und edictum perpetuum S. 129 tut mit Recht dar, daß „non" auf einer Interpolation der Kompilatoren beruht. Noch weitere Interpolationen sind wahrscheinlich, siehe Lenel a. a. O., Gradenwitz in der Savignyzeitschrift rom. Abt. Bd. 12 S. 134, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 340 ff., Karlowa a. a. O. S. 1208. Die Klagformel siehe unten § 228 Anm. 4.

Wer res mancipii durch Tradition erwarb, hieß freilich auch jetzt nicht Eigentümer, er hatte die Sache nur in bonis, in Wahrheit war er aber der Eigentümer.[10] Sein Autor und dessen Rechtsnachfolger hießen Eigentümer ex jure Quiritium, — aber sie hatten ein nudum jus, sie waren in Wirklichkeit Nichteigentümer. Nur um der historischen Überlieferung willen und wegen der Konservierung gewisser formaler Rechte behielten sie den Namen des Eigentümers, sprach man also von einem Doppeleigentume.[11] Justinian aber hat das Scheineigentum, das nudum jus Quiritium, ausgemerzt, nachdem die letzten Befugnisse, welche sich an dasselbe knüpften, verschwunden waren.[12 13]

2. Der Grund und Boden der von den Römern gewonnenen Provinzen stand bei deren Unterwerfung selbstverständlich zum großen Teile im Privateigentume. Die Römer erkannten dasselbe auch, soweit es sich um eroberte Landstriche handelte, in der Weise an, daß sie den

9) Das moderne Recht zeigt verwandte Erscheinungen. Deutschen Rechtsanschauungen entsprechend geht vielfach nach modernen Gesetzen das Eigentum an Grundstücken nur durch Auflassung, d. h. eine Erklärung des Veräußerers und Erwerbers vor der Grundbuchbehörde, und die sich anschließende Überschreibung im Grundbuche über. Wird unter der Herrschaft derartiger Gesetze ein Grundstück bloß verkauft und tradiert, aber nicht aufgelassen, so kann man dem Käufer die exceptio rei venditae et traditae rationellerweise nicht verweigern, wenn der Veräußerer oder wenn dessen Erben treuloserweise vindizieren. Gerät der Veräußerer in Konkurs, so steht dem Konkursverwalter folgerecht gleichfalls die Einrede entgegen, denn er macht nur die Rechte des Veräußerers geltend. Vgl. auch B.G.B. § 986 Abs. 1 Satz 1: Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Wenn aber der eingetragene Eigentümer das Grundstück einem Sekundus auflätzt, nachdem er es dem Primus bereits verkauft und tradiert hat, dann kann sich Primus gegen Sekundus nicht schützen; sonst wäre die Kraft des Grundbuches zerstört, welche man im Interesse der Zuverlässigkeit der Übereignung der Grundstücke festhalten will. In solchem Falle bleibt dem Primus, welcher aus dem ihm tradierten Grundstücke vertrieben wird, nur die Klage gegen seinen Verkäufer.

10) Eigentumszuteilung durch den Prätor, z. B. an den bonorum possessor, ferner wegen hartnäckig verweigerter damni infecti cautio gab nicht ziviles Eigentum, sondern nur in bonis esse, welches erst durch Ersitzung in volles Recht verwandelt wurde. Gaj. Inst. III § 80, l. 13 § 16 D. de damno infecto 39, 2, l. 26 § 6 D. de nox. act. 9, 4, l. 2 § 1 D. si ex noxali causa 2, 9. Das Verhältnis des Eingewiesenen ist also ähnlich demjenigen des Erwerbers von res mancipii durch bloße Tradition; doch bestehen auch erhebliche Verschiedenheiten, insbesondere bezüglich der Klagrechte. Die Römer haben daher die prätorische Eigentumszuteilung dem bonitarischen Eigentume nicht untergeordnet; dies geschah erst durch die neueren Schriftsteller, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, 2. A. S. 421.

11) Gaj. Inst. I §§ 17, 167. II § 196.

12) l. un C. de nudo jure Quiritium tollendo, 7, 25.

13) Im justinianischen Rechte gibt es noch einen Fall, in welchem der eine den Namen, aber nicht die Rechte des Eigentümers, der andere dessen Rechte, aber nicht den Namen hat. Dies dann, wenn ein Nichteigentümer eine Sache verkaufte und tradierte, und später Eigentümer wurde. Der Käufer wird infolgedessen nachträglich der Sache nach Eigentümer, aber er heißt nicht so; ihn schützt vielmehr exceptio und replicatio rei venditae et traditae. Vgl. unten § 216 Anm. 9 ff.

Unterworfenen Besitz und Nutzgenuß ihrer Grundstücke zugestanden.[14] Zu Ende der Republik aber tauchte der Despotengedanke in der römischen Bürgergemeinde auf und erhielt Anerkennung, daß der gesamte Provinzialboden Eigentum des römischen Volkes sei. Folgerecht teilte man seit der Kaiserzeit den Boden in den kaiserlichen Provinzen dem Kaiser zu.[15] Immerhin behandelte man im Leben und nach den Edikten der Magistrate das Recht der Besitzer der Provinzialgrundstücke dem Eigentum analog. So bildete sich ein eigenartiges Provinzialeigentum. Gleichwohl diente das Eigentum von Volk und Kaiser unter Umständen zum Vorwande willkürlicher Konfiskationen, so daß man die Grundbesitzer — meist unter geringer Entschädigung — von Haus und Hof vertrieb.[16]

Im justinianischen Rechte ist das Provinzialeigentum zum normalen Eigentume geworden.

§ 194. Der gutgläubige Besitz.[1]

1. Bei aller Sorgfalt ist es nicht zu vermeiden, daß man im Verkehr irrtümlicherweise Sachen erwirbt, welche dem Veräußerer nicht gehören, oder zu deren Veräußerung derselbe, obgleich Eigentümer, nicht legitimiert ist.

Dies kann das Recht geradezu dazu bestimmen, redliche Erwerber zu Eigentümern von solcher Art erworbenen Sachen zu machen. Damit erleichtert es den Verkehr, erschüttert aber auch die Festigkeit des Eigentums.

Dem römischen Rechte ist dies fremd geblieben. Immerhin suchte man die Rechtsstellung gutgläubiger Erwerber so günstig zu gestalten, wie dies unbeschadet des Rechtes des Eigentümers der veräußerten Sache geschehen konnte.[2]

---

14) lex Antonio de Thermess. 2, 31 ff., Bruns, fontes ed. 6 p. 94, Gaj. Inst. II § 7, Pernice, Parerga II in der Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abt. Bd. 5 S. 62, Mitteis, Reichsrecht 1891 S. 112 Anm. 4 und dort Angeführte, vgl. auch Erman a. a. O. S. 270, Hegelmaier, Grundeigentum im öff. Recht § 3.

15) Gaj. Inst. II § 7. Das Nähere siehe bei Pernice a. a. O.

16) Ein Beispiel gibt Paulus l. 11 pr. D. de evict. 21, 2.

1) Brinz, bonae fidei possessio, Festgabe zu Arndts Doktorjubiläum; Kley, Wesen d. gutgl. Besitzes, Gött. Inaug.-Diss. 1891, und die oben § 193 Anm. 1 Zitierten.

2) Redlicher Erwerb ersetzt also dessen Rechtmäßigkeit nicht. Das deutsche Recht macht jedoch den redlichen Erwerb in vielen Fällen zum rechtmäßigen. Hierüber Näheres bei der Tradition, unten § 212. — Wer eine Sache rechtmäßig, d. h. den gesetzlichen Anforderungen entsprechend, erwirbt, wird Eigentümer, auch wenn er irrig glaubt, dieselben seien nicht vorhanden, l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis, et

Dabei ist man aber nicht weiter gegangen als die Verkehrssicherheit fordert.

2. Als redlicher — gutgläubiger — Besitzer gilt nur, wer seinen Erwerb entschuldbarer Weise für rechtmäßig hält. Nutzen des Verkehrs und Ethik fallen hier zusammen.[3]

a) Allerdings wollen manche die Redlichkeit bloß negativ bestimmen als Nichtkenntnis eines bestehenden Mangels.[4] Danach wäre z. B., wer den Verkäufer seines auffallenden Wesens halber beim Erwerb für einen Dieb hielt, während derselbe zwar Eigentümer, aber, was der Käufer nicht wußte, geisteskrank war, gutgläubiger Erwerber; denn er kannte in solchem Fall den bestehenden Mangel der Geisteskrankheit nicht, und der von ihm unterstellte Mangel des Nichteigentums des Verkäufers bestand nicht! Doch welches Interesse hätten Verkehr und Recht, einen solchen Erwerber zu begünstigen?[5]

Diese Auffassung ist also verfehlt. Guter Glaube ist vielmehr positiv, die Meinung rechtmäßigen Erwerbes. Es ist aber nicht gerade notwendig, daß man glaubt, Eigentümer geworden zu sein,[6] wenn dies auch das Gewöhnliche ist. Daher ist in gutem Glauben auch, wer weiß, daß er nach den Gesetzen nicht Eigentümer wurde, wenn er nur unter Zustimmung und mit Willen des Eigentümers Eigentumsbesitz hat.[7] [8]

---

ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

3) l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3. Vgl. B.G.B. § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört." — In seiner Polemik gegen die herrschende Ansicht hat Petražycki, Fruchtverteilung S. 165 diesen Zweck nicht in Betracht gezogen. Um einen „Tugendpreis" für Redlichkeit auf Kosten des Eigentümers handelt es sich wahrlich nicht. Vgl. übrigens Petražycki selbst S. 147.

4) Vorzugsweise hat diese Ansicht Stintzing, das Wesen der bona fides 1852, verteidigt S. 77.

5) l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad edictum: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio. Siehe auch unten Anm. 7.

6) Früher pflegte man den guten Glauben mit der Überzeugung zu identifizieren, Eigentümer geworden zu sein. So Möllenthiel, guter Glaube bei d. Verjährung 1820 § 4.

7) l. 5 pr. D. pro derelicto 44, 7. Pomponius libro 32 ad Sabinum. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est. Der erste Teil der Entscheidung ist dunkel, vgl. über ihn Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft

b) Besonders hervorzuheben ist, daß nicht oberflächliches Meinen gutgläubigen Besitz gibt. Um die Stellung eines redlichen Besitzers zu halten, muß man vielmehr beim Erwerb vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen sein. Wer sich infolge unentschuldbaren Irrtums als berechtigt ansieht, gilt nicht als gutgläubig. Daher genügt insbesondere Rechtsirrtum in der Regel nicht.[9]

c) Wie verhält sich der Erwerbstitel zum guten Glauben? Lange Zeit lehrte man, der Titel sei die Rechtfertigung des guten Glaubens und das Beweismittel für ihn.[10] Dies nehmen heutzutage nur wenige noch an. Ist doch ein Titel auch Kauf zu einem Spottpreis, eine Schenkung. Und doch liegt in solchen Titeln sicher kein Beweis dafür, daß man den Verkäufer oder Geschenkgeber, welcher die veräußerte Sache etwa gestohlen hatte, für den Eigentümer hielt, daß man also redlich erwarb.

Andere wollen den guten Glauben zu einem Supplement des Titels machen.[11] Er sei zu definieren als der Glaube an das Ver-

---

Bd. 8 S. 50 ff., er gehört nicht hierher. Der zweite Teil spricht den Satz, um den es sich hier handelt, deutlich aus. — Schenkt ein Ehegatte eine ihm nicht gehörige Sache seinem Ehegatten, so ist ein Titel vorhanden, denn die Schenkung ist gültig, weil der schenkende Ehegatte nichts aus seinem Vermögen aufgibt, und der Beschenkte ist redlich, weil er den Schenker für den Eigentümer hält und mit Zustimmung des Eigentümers zu besitzen meint. Da nun objektiv ein Titel und subjektiv Redlichkeit vorhanden ist, läuft die Ersitzung l. 25 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 3 D. pro donato 41, 6. Nicht anders verhält es sich mit l. 2 § D. pro emptore 41, 4, wo der Besitz des Käufers unter Suspensivbedingung gleichfalls durch den Eigentümer eingeräumt, also keinesfalls unredlich ist. Diese und ähnliche Stellen hat Stintzing a. a. O. S. 77 ff. für seine Theorie — vgl. oben Anm. 4 — zu verwerten gesucht, sie stützen dieselbe aber in der Tat nicht, weisen vielmehr auf den hier vertretenen Gesichtspunkt hin.

8) Ist unter einer Gesetzgebung, welche zur Übereignung von Grundstücken Auflassung beim Grundbuchamte und Eintragung im Grundbuche fordert, redlicher Besitzer, wer das Grundstück vom Eigentümer kaufte und tradiert erhielt? R.G. Bd. 2 S. 308 verneint dies, weil der Besitzer das fremde Eigentum kenne. Doch dies ist weder mit dem Begriffe der Redlichkeit, wie er sich aus dem sittlichen Bewußtsein ergibt, noch mit dem positiven Rechte verträglich. Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 109; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts 2. Heft S. 163.

9) So insbesondere bei der ordentlichen Ersitzung, siehe oben § 87. Ob bei der außerordentlichen Ersitzung etwas anderes anzunehmen ist, kann erst später untersucht werden, siehe unten § 222. Diese Frage war vorzugsweise der Gegenstand der Kontroverse zwischen Wächter, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums 1871, und Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872, wozu vgl. Bruns, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 57 S. 275. Bonfante essenza della bona fides im bulletino del istituto di diritto romano Bd. 6 S. 85 ff. Pernice, Labeo Bd. 2. 2. Aufl. S. 496.

10) Insbesondere äußert Savigny Bd. 3 S. 372: „Der Titel dient nicht nur dazu, die bona fides zu rechtfertigen, sondern auch das Dasein derselben als Tatsache so lange festzustellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweist." Dagegen namentlich Stintzing a. a. O. S. 57, Brinz Bd. 1 § 161 S. 629.

11) Dies ist die Ansicht von Brinz a. a. O.

äußerungsrecht des Autors bei einem titulierten Erwerb.[12] Aber in gutem Glauben ist auch, wer einen Titel, s. g. Putativtitel, nur zu haben vermeint. Guter Glaube ist ohne Titel wohl denkbar.

Guter Glaube und Titel sind hiernach begrifflich voneinander unabhängig. Doch kann die Art und Weise des Titels zur Aufhellung der Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erwerbes allerdings Handhaben bieten.

3. Auch sind die wichtigsten Rechtswirkungen davon abhängig, daß Titel *und* guter Glaube vorhanden sind.

Titulierter, gutgläubiger Besitzerwerb einer Sache begründet nämlich ein eigentumsähnliches, wenn auch bloß relatives, dingliches Recht — s. g. Publizianisches Recht. Denn er gewährt die actio Publiciana zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes,[13] gibt utiliter dem Eigentümer dienende Klagen z. B. wegen Sachbeschädigung,[14] oder die Teilungsklagen,[15] und ermächtigt sogar die Sache zu belasten und insbesondere zu verpfänden, soweit das eigene Recht reicht.[16] [17]

Er bildet also ein Vermögensrecht.[18] Jedoch dem Eigentümer der Sache gegenüber ist auch der titulierte redliche Besitz ohne Recht.[19] Darin liegt die Relativität der durch ihn begründeten Rechtslage.

Auch nicht titulierter redlicher Besitz ist nicht ohne Wirkung. Insbesondere kommt der Fruchtertrag einer redlich, wenn auch nicht auf Grund eines Titels besessenen Sache, dem Besitzer zu.[20]

---

12) Vgl. Modestinus libro 5 pandectarum l. 109 D. de V. S. 50, 16. „Bonae fidae emptor" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Vgl. Gaj. Inst. II § 73, pr. J. de usuc. 2, 6.

13) Vgl. unten § 228.

14) l. 11 § 8, l. 17 D. ad l. Aqu. 9, 2, Eisele im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 67 n. 2.

15) l. 7 § 2 D. communi dividundo 10, 3. Eck, die doppelseitigen Klagen S. 105 ff.

16) l. 18, l. 21 D. de pign. 20, 1.

17) Geradezu äußert Paulus libro 18 ad edictum l. 136 D. de R. J. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Daß dies nicht folgerecht durchgeführt ist, darüber vgl. Jhering a. a. O. S. 104, Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Bd. 2 S. 306.

18) Weiter geht Brinz a. a. O. Er bezeichnet den titulierten Besitz geradezu als „bonitarisches *Eigentum*". Daß der gutgläubige Besitz nach l. 49 D. de V. S. 50, 16 „in bonis nostris" ist, beweist dies aber bei der Vieldeutigkeit des Ausdruckes nicht. Sonst hätte auch der Superfiziar „bonitarisches Eigentum". Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 2 2. Aufl. S. 435 ff. — Andererseits begründet gutgläubiger Besitz keineswegs bloß „*werdendes Eigentum*", worin Scheurl Beitr. Bd. 1 S. 220 dessen Hauptbedeutung sucht.

19) l. 7 § 6 D. pro emptore 41, 4.

4. Das Publizianische Recht an der gutgläubig erworbenen Sache geht nicht unter, wenn der Erwerber hinterher zur Überzeugung kommt, daß die Sache einem Dritten gehöre — s. g. mala fides superveniens.

Die Früchte der Sache fallen dagegen dem Besitzer derselben nur dann zu, wenn er noch zur Zeit ihrer Trennung gutgläubig ist.[21]

II. Miteigentum.

§ 195. Begriff des Miteigentumes.[1]

1. Unmöglich ist ausschließliches Eigentum mehrerer an derselben Sache in seinem ganzen Umfange — plurium dominium in solidum.[2] Möglich und häufig aber ist Miteigentum zu ideellen Teilen — pro partibus indivisis.

2. Miteigentum entsteht teils infolge Gesellschaftsvertrages, teils ohne solchen.[3] Das Miteigentum von Gesellschaftern wird durch den Gesellschaftsvertrag mannigfaltig modifiziert, das Miteigentum von Nichtgesellschaftern zeigt das Institut in seiner einfachen Gestalt. Von ihm ist hier vorzugsweise die Rede. Der hauptsächlichste und älteste Fall ist das Miteigentum der Miterben am Nachlasse eines Verstorbenen. Miteigentum entsteht ferner, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht wird. Auch zufällige Ereignisse endlich, z. B. die Konfusion von Metallmassen verschiedener Eigentümer, können Miteigentum herbeiführen.

3. Begrifflich ist das Eigentum eines jeden der Gemeinschafter von dem Alleineigentum nicht verschieden, denn es ist seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über die Sache gerichtet; durch das gleichartige

---

20) Näheres unten § 205.

21) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 unten § 205 a. E.

1) Girtanner in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 n. 2 S. 239; Goeppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum 1884; Steinlechner, das Wesen der juris communio, 1878; Eck, doppelseitige Klagen S. 88 ff. und Rezensionen in der Münchener kritischen Zeitschrift Bd. 19 S. 223, Bd. 21 S. 118 ff.; Eisele, Miteigentum im Archiv für zivil. Praxis Bd. 63 n. 2; Rümelin, die Teilung der Rechte 1883; Scheurl, weitere Beiträge z. Bearbeit. des röm. R. 1. Heft, insbesondere S. 19 ff.; Czyhlarz, die Eigentumserwerbsarten 1887 Bd. 1 S. 130 ff.; W. von Seeler, die Lehre vom Miteigentum 1896. Mehr auf das Praktische geht Stölzel im hess. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 4 S. 1, Kohler, „Anlagen an der Grenze, Miteigentum" in seinen ges. Abhandlungen S. 167. Vgl. B.G.B. §§ 741 ff., 1008 ff.

2) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6, vgl. unten Anm. 12.

3) l. 2 pr. D. comm. div. 10, 3. Das nicht gesellschaftliche Miteigentum nennen die Neueren communio incidens „quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum", l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, vgl. l. 31 D. pro socio 17, 2.

Recht der Genossen wird es aber auf ein Teilrecht — eine Quote — beschränkt.[4] Das Miteigentum gestaltet sich also durch die Konkurrenz. Soweit eine solche nicht eintrifft, erfaßt aber das Recht eines jeden Miteigentümers die Sache vollständig. Hieraus erklärt sich, daß Gewinn aus der Sache, zu dessen Erwerbe der eine der Miteigentümer unfähig ist, dem anderen ganz zufällt,[5] und daß im Falle des Unterganges des Eigentumsrechtes des einen das Recht der anderen Miteigentümer notwendig wächst.[6] [7]

4. Die Quoten können gleiche oder ungleiche sein; im Zweifel sind sie gleiche.

5. Was ist geteilt? Die Römer redeten herkömmlicherweise von Teilen der Sache;[8] und zwar im Gegensatz zu realen Teilen von „ungeteilten Teilen" — partes indivisae.[9] Manche Neueren nehmen

---

4) Im allgemeinen stimmen mit der hier vertretenen Ansicht Windscheid Bd. 1 § 169a Anm. 5, Steinlechner Abschn. 2 S. 37ff., vgl. auch S. 250ff. überein. Dagegen ist Eck, doppelseitige Klagen S. 97 und in der Münchener krit. Zeitschrift a. a. O., sowie Goeppert a. a. O. S. 46.

5) l. 1 § 4 D. de stipulatione servorum 45, 3 Julianus libro 52 digestorum . . . neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis ejus condicionis est, ut in eo quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui adquirendi facultatem habeat. Vgl. l. 7 § 1, l. 8, l. 9 D. eod.

6) Gegen dieses Anwachsungsrecht Seeler a. a. O. S. 64. Nach älterem Rechte wuchs daher im Falle der Freilassung eines Sklaven durch einen Teileigentümer dessen Anteil dem Miteigentümer zu. Diese wenig billige Konsequenz wurde erst durch die Kaiser aus Humanitätsrücksichten durchbrochen. Ulpian. fragm. I § 18, Paul. sent. IV 12 § 1. fragm. Dosithei § 10, l. 1 C. de servo communi 7, 7. Bei einer Veräußerung des ideellen Teiles an Miteigentümer kann die Form der Dereliktion oder der Tradition gewählt werden. l. 8 C. communia utriusque judicii 3, 38 verb. divisio relicta vel translata possessione finem accepit. So auch R.G. Bd. 13 S. 179. Tradition ist unentbehrlich, wenn ein Miteigentümer nur einem von mehreren Miteigentümern seinen Teil überlassen will.

7) Der Alleineigentümer kann einen intellektuellen Teil seiner Sache nicht derelinquieren, l. 3 D. pro derelicto 41, 7. Modestinus libro 6 differentiarum. An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet: et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat. Die Entscheidung erklärt sich offenbar daraus, daß das Eigentum nach ideellen Teilen nur durch die Konkurrenz mehrerer entsteht. Andere Erklärungsversuche sind verfehlt, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 132.

8) Insbesondere vindizierte der Miteigentümer seine portio der Sache, l. 16 C. de rei vind. 3, 32, l. 6 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 30 D. de liberali causa 40, 12.

9) l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Nach der Parzellierung eines Grundstückes sind die einzelnen Parzellen selbständige Grundstücke, nicht Teile. Historisch sind sie jedoch Teile eines ehemaligen Ganzen. Dies kann namentlich infolge von

sie beim Worte und vermeinen hiernach, die intellektuelle Teilung beziehe sich begrifflich auf die Sache selbst, so, daß der Idee nach jeder physische Punkt derselben als geteilt unter die Miteigentümer gelte.[10] Doch Körperliches kann nur körperlich geteilt werden. In jenem römischen Sprachgebrauche lag also keine Begriffsbestimmung; er bildete nur eine bequeme und herkömmliche, aber keineswegs präzise Bezeichnung.[11]

Dies hat Celsus erkannt. *Nicht die Sache*, sagt er, sondern *das Eigentumsrecht an der Sache ist geteilt*. Hiermit stimmten die späteren römischen Juristen überein.[12]

Natürlich handelt es sich nicht um eine Verteilung der verschiedenen Befugnisse des Eigentumes unter die Miteigentümer. Dies widerspräche dem römischen Begriff des Eigentumes. Das Eigentumsrecht ist also unter die Miteigentümer nicht nach seinem *Inhalte*, sondern nach seinem *Umfange* geteilt.[13] Diese Teilung tritt unmittelbar und von Rechts wegen ein, sofern es sich um teilbare Rechtswirkungen handelt; soweit dieselben unteilbar sind, entsteht eine Verpflichtung zur Ausgleichung nach Maßgabe der Teile. Insoweit hat also die intellektuelle Teilung nur die Bedeutung einer Teilungsvorschrift.[14]

Unmittelbar geteilt ist insbesondere das Recht eines jeden der Mit-

---

dinglichen Belastungen, die auf dem Ganzen ruhten und auf deren Teilen fortdauern, von rechtlicher Bedeutung sein. Vgl. Mommsen, die italienische Bodenteilung im Hermes Bd. 19 S. 293 ff.

10) So Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 S. 163 ff. und im Württ. Pr. Recht Bd. 2 S. 276. Ähnlich, wie es scheint, Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 454.

11) In dieser Hinsicht ist richtig, was Eisele im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 52 hervorhebt: „Als die römischen Juristen anfingen, ihr Recht in wissenschaftlicher Weise zu erfassen, fanden sie größtenteils eine feste Terminologie, welche im praktischen Leben und so zu sagen instinktmäßig entstanden, zwar sehr oft dem Wesen der Sache adäquat war, aber nicht immer. Auch in solchen Fällen haben die römischen Juristen ganz mit Recht die hergebrachte Terminologie beibehalten."

12) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: et ait Celsus duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: *nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*. So auch Papinian l. 66 § 2 D. de legatis II, Ulpian l. 50 pr. D. de legatis I, l. 7 § 3 D. de liberali causa 40, 12, l. 40 § 4 D. de damno infecto 39, 2, Modestinus l. 11 D. de servit. 8, 1. Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 11, früher Gegner von Celsus, hält seinen Widerspruch nicht mehr aufrecht. Er bezeichnet den Anteil als „Rechnungsteil". Eine Teilung des Rechtes nimmt auch B.G.B. §§ 741 ff. an.

13) Scheurl a. a. O. S. 19 ff.

14) Nach Brinz Bd. 1 § 131 bedeuten die partes pro indiviso Anteile, d. h. Teile, „nach denen sich die Partner in Gebrauch und Fruchtbezug, in Ausgaben und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich teilen oder sich sonst auseinandersetzen sollen". Mit Recht hebt Scheurl a. a. O. S. 25 hervor, daß dies nur für unteilbare Rechtswirkungen richtig ist.

eigentümer zur Veräußerung und Verpfändung, es steht ihm selbständig bezüglich seiner Quote zu.

Manche Schriftsteller verwerfen die Teilung des Rechtes wie diejenige des Objektes. Es bestehe nur eine Teilung des Wertes.[15] Aber der Wert ist nichts Selbständiges. Er ist ein durch Schätzung ermitteltes Verhältnis, in dem ein Gut zu anderen Gütern steht. Der Wert läßt sich daher nicht selbständig teilen, teilen läßt sich nur das bewertete Gut.

§ 196. Rechtsstellung der Miteigentümer.

I. Mit dem Miteigentume ist ein Gegensatz zwischen den Rechten der einzelnen Miteigentümer — den s. g. Individualrechten derselben — und dem Rechte der Gesamtheit gegeben.

Das römische Recht legt das Hauptgewicht auf die Individualrechte der Miteigentümer und sucht dieselben möglichst selbständig zu gestalten. Doch können sie durch Verträge im Interesse der Gesamtheit eingeschränkt werden,[1] auch hat auf einseitigen Antrag richterliche Regulierung zu erfolgen, wo dies die wirtschaftlichen Verhältnisse nötig machen.[2]

a) Völlig selbständig ist jeder Miteigentümer bezüglich der Verfügung über seine Quote, er kann sie veräußern, verpfänden,[3] mit Nießbrauchsrechten belasten;[4] sie ist Gegenstand des gesetzlichen Nießbrauches am Vermögen des Miteigentümers, sowie der Zwangsvollstreckung durch seine Gläubiger. Keine Beschränkung besteht in dieser Hinsicht zu Gunsten der Genossen,[5] insbesondere haben diese kein Vorkaufsrecht, wie es deutsche Partikularrechte für den Fall des Verkaufes an Fremde vielfach kennen.

15) Die Werttheorie verteidigten Girtanner a. a. O. S. 239 ff. und Steinlechner a. a. O., früher Windscheid — siehe oben Anm. 12. — Gegen sie erklärt sich Eck, doppelseitige Klagen S. 93 und krit. Vierteljahrsschr. Bd. 19 S. 231.

1) l. 3 § 1 D. comm. div. 10, 3, vgl. l. 21 D. eod., l. 15 C. fam. erc. 3, 36.

2) Derartige Regulierungen wirken dinglich für und gegen die Rechtsnachfolger, da sie ein dingliches Verhältnis ordnen.

3) l. 2 C. de communium rerum alienatione 4, 52, l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3. Auch B.G.B. § 747 gewährt dem Miteigentümer freie Verfügung über seinen Anteil.

4) l. 5. § 2 D. si ususfructus petetur 7, 6. Der einzelne Miteigentümer kann aber die gemeinsame Sache nicht mit Realservituten beschweren, da hierdurch auch die Miteigentümer belastet würden, l. 10 pr. D. de a. a. pl. arc. 39, 3, vgl. auch l. 41 D. de rel. 11, 7.

5) Hierhin gehende Tendenzen fanden sich auch im römischen Reiche, l. 3 C. de communium rerum alienatione 4, 52. Diocletianus. Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

b) Jeder Miteigentümer hat ferner Anspruch auf den Mitbesitz der gemeinsamen Sache. Kann dieselbe, z. B. eine Mobilie, tatsächlich nur in einer Hand sein, so ist der Gewahrsam einem der Genossen oder auch einem Dritten anzuvertrauen, welcher für alle besitzt; sie kann auch unter den Genossen mit dem Gebrauch abwechseln.[6] Hierüber muß der Richter befinden, wenn die Parteien uneinig sind.[7]

c) Auch auf Anteil am Fruchtertrag hat jeder Miteigentümer ein selbständiges Recht.[8] In der Regel handelt es sich dabei um Anteil vom Reineinkommen aus der Sache, welche gemeinsam oder für gemeinschaftliche Rechnung verwaltet wird.[9] Eine derartige Verwaltung kann bei der Erbengemeinschaft durch den Erblasser, sonst durch Vertrag der Miteigentümer eingerichtet sein; im Fall der Uneinigkeit muß richterliche Anordnung eintreten.

Nur unter besonderen Verhältnissen darf jeder Miteigentümer unmittelbar Naturalnutzung aus der gemeinsamen Sache entnehmen, z. B. durch selbständigen Antrieb seines Viehes auf die gemeinsame Weide.[10]

d) Jeder Miteigentümer ist befugt, das zur Erhaltung der gemeinsamen Sache Erforderliche selbständig vorzukehren. Er handelt hierbei auch für die Genossen, kann ihnen daher seine notwendigen Auslagen mit Zinsen zu ihrem Anteile in Rechnung stellen. Die Reparatur gemeinsamer Häuser ist besonders begünstigt. Berichtigen nämlich die Genossen säumigerweise die Auslagen hierfür nicht binnen 4 Monaten zu ihrem Anteil, so verfällt ihr Miteigentum am Hause zu Gunsten des Reparierenden, falls er es statt der Auslagen nehmen will.[11]

e) Was endlich Veränderungen und Verbesserungen der Sache betrifft, so bedarf es hierzu der Zustimmung sämtlicher Genossen. Ist jedoch eine Veränderung ohne Einspruch der Genossen einmal vollzogen, so kann die Beseitigung nur gefordert werden, wenn sie im Interesse der Gemeinschaft liegt.[12]

---

6) Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

7) Vgl. l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1. Ebenso B.G.B. § 743.

9) Oben § 78 Ziff. 2 und 4.

10) Zuweilen findet sich zeitliche Nutzungsteilung. Sie hat freilich Gefahren, vgl. l. 23 D. h. t. 10, 3. l. 35 § 1 D. locati 19, 2.

11) l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2, l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10, römisch-syrisches Rechtsbuch Lond. § 98. Auch nach B.G.B. § 744 Abs. 2 ist jeder Miteigentümer berechtigt, die zur Erhaltung der Sache notwendigen Maßregeln selbständig zu treffen. Das Verwirkungsrecht ist beseitigt.

12) l. 28 D. comm. div. 10, 3. Papinianus libro 7 quaestionum. Sabinus

f) Jedem Miteigentümer stehen die *Klagen*, welche an das Eigentum geknüpft sind, gegenüber Dritten, wie gegenüber den Miteigentümern,[13] selbständig zu. Auch die Besitzesklagen hat in entsprechender Weise jeder Miteigentümer.[14]

g) Die scharfe Betonung des individuellen Rechtes, insbesondere die Notwendigkeit der Zustimmung aller Miteigentümer zu Veränderungen und Verbesserungen, wäre unerträglich, wenn nicht jeder Teilhaber einseitig *Teilung* fordern könnte. Infolgedessen stehen die Genossen stets vor der Alternative, sich über gemeinsame Maßregeln einigen oder die Auflösung der Gemeinschaft gewärtigen zu müssen. Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Teilungsklagen nötigt die Genossen, solange ihnen die Gemeinschaft erwünscht ist, sich von Fall zu Fall zu vertragen.

II. Die römische Gestaltung des Miteigentums ist keineswegs, wie einseitige Romanisten oft annehmen, die einzig mögliche.

Vielmehr kennt das *deutsche Recht* eine Ordnung, wonach die Miteigentümer *keine bestimmten ideellen Anteile* haben, sondern nur gemeinsam *an dem Gesamtvermögen* beteiligt sind, — ferner über das Ganze Vertreter verfügen, die von Rechts wegen oder auch durch Mehrheitsbeschlüsse hierzu ermächtigt sind, wogegen die Teilungsklage ausgeschlossen oder wenigstens nur unter Beschränkungen zulässig ist.

Miteigentum ohne bestimmte ideelle Teile der Genossen nennt man nicht selten *Gesamteigentum*.[15] [16]

---

ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2. B.G.B. § 745 gestattet Mehrheitsbeschlüsse über die Verwaltung und die Benutzung der Sache.

13) Der Miteigentümer hat gegenüber den Miteigentümern vor allem die Vindikation seines ideellen Teiles, l. 3 § 2, l. 4 D. de rei vind. 6, 1. Im übrigen reicht im wesentlichen die a. communi dividundo aus. Ob der Miteigentümer zur Geltendmachung seines Verbietungsrechtes gegenüber dem Miteigentümer die actio negatoria anstellen könne, war bei den Römern bestritten; dafür war Marcellus l. 11 D. si serv. vind. 8. 5; die anderen Juristen waren dagegen, l. 26 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 1 S. 95. Die cautio damni infecti, die operis novi nuntiatio galten als unzulässig gegenüber Miteigentümern, da die a. communi dividundo ausreichte, l. 32 D. de damno 39, 2, l. 3 § 2 D. de o. n. n. 39, 1; das i. quod vi aut clam ist zulässig, l. 13 § 3 D. quod vi aut clam 43, 24. Siehe K. G. Schneider über den Einfluß der communio rei auf Klageberechtigung in Sells Jahrbüchern Bd. 1 n. 10, Brinckmann in der unten Anm. 1 angeführten Schrift S. 52.

14) l. 12 D. comm. div. 10, 3. Abweichend Seeler a. a. O. S. 17. Nach B.G.B. § 866 findet unter den Miteigentümern ein Besitzesschutz nicht statt, soweit es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauches handelt. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 23 S. 74.

15) Gesamteigentum erkennt das B.G.B. bei der Gesellschaft der ehelichen Gütergemeinschaft, der Miterbengemeinschaft an.

§ 197. Die Teilungsklage.

Die Teilungsklage[1] — actio communi dividundo — verfolgt zweierlei Zwecke, nämlich einmal die Geltendmachung der aus der Gemeinschaft entspringenden Verpflichtungen der Miteigentümer — der praestationes personales oder der Gemeinschaftsschulden — und zweitens die Teilung der gemeinsamen Sache.

Die Teilung bildete den historischen Ausgangspunkt der Klage und gab ihr auch den Namen. Infolgedessen konnten ursprünglich jene Verpflichtungen der Gemeinschafter nur nebenher bei Gelegenheit der Teilung geltend gemacht werden. Aber später wurden sie auch selbständig klagbar, sowohl dann, wenn eine Sachteilung mit dem aus der Gemeinschaft verpflichteten Genossen unmöglich geworden war — z. B. im Falle seines Austritts aus der Gemeinschaft[2] oder nach Untergang der Sache[3] —, wie auch im Falle des Fortbestehens der Gemeinschaft mit dem Verklagten.[4]

1. Jeder Gemeinschafter ist verpflichtet, das gleichartige Recht des Miteigentümers zu achten und ihm Teilnahme an Besitz, Gebrauch und Nutzung gemäß den allgemeinen Normen und besonderen Vereinbarungen oder richterlichen Anordnungen zu verstatten. In dieser Richtung geht die Klage auf Anerkennung, ferner auf Verbot von Übergriffen seitens des Genossen,[5] endlich auch auf Verurteilung zu Beiträgen für die Erhaltung der Sache.

Ferner schuldet jeder Miteigentümer Ersatz wegen schuldhafter Beschädigungen sowie übermäßiger Perzeptionen, endlich Erstattung von Auslagen.[6]

---

16) B.G.B., das im allgemeinen dem römischen Rechte folgt, gestattet doch in § 745 Mehrheitsbeschlüsse nach der Größe der Anteile über die Verwaltung und Benutzung der Sache.

1) Die älteste Teilungsklage war die actio familiae erciscundae auf Teilung des gemeinsamen Nachlasses. Vgl. l. 1 pr. D. fam. erc. 10, 2. Von dieser Klage ist im Erbrecht zu handeln. Jünger ist die allgemeine Teilungsklage, die actio communi dividundo. Vgl. über sie A. Brinckmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum 1885.

2) l. 6 § 1 D. comm. div. 10, 3.

3) l. 11 D. comm. div. 10, 3, l. 25 D. eod., l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3, l. 3 §§ 1 und 2 D. de o. n. n. 39, 1.

4) l. 14 § 1 D. h. t. verb. rectissime dicitur etiam impendiorum nomine judicium dari debere mihi in socium etiam manente societate.

5) l. 12, l. 23 D. comm. div. 10, 3; Eck, doppelseitige Klagen S. 98; Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 4; vgl. aber auch R.G. Bd. 12 S. 193.

6) l. 3 pr. D. comm. div. 10, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum. In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive

a) Die Gemeinschafter stehen sich gegenseitig für culpa in concreto ein.[7]

b) Was man als Miteigentümer aus der gemeinsamen Sache über seinen Anteil hinaus gewann, hat man den Genossen zu erstatten.[8]

c) Notwendige[9] Auslagen, welche man als Miteigentümer für die Gemeinschaft machte, sind anteilig zu erstatten.[10] Es kommt nicht in Betracht, ob man bei der Verwendung die Person der Genossen kannte oder sich über dieselbe irrte.[11] Verbot der Auslagen hindert die Entstehung des Anspruches nicht.[12]

Die Gemeinschaftsschulden sind bei der Teilung mit in Anschlag zu bringen; sie mindern daher den Anteil, welchen die Gemeinschafter aus der Gemeinschaft zu empfangen haben.[13][14]

---

quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi. Lenel, edictum perpetuum S. 165 findet mit gutem Anscheine in den oben gesperrten Worten die Wiedergabe eines bezüglichen Teiles der Klageformel, dagegen Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 459 Anm. 1.

7) l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, l. 8 § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26, l. 28 D. h. t. 10, 3.

8) l. 3 pr., l. 6 §§ 2 und 4 D. h. t. 10, 3. Der Genosse muß als solcher erworben haben. Ist dies nicht der Fall, so kann nur eine actio negotiorum gestorum angestellt werden, sofern deren Voraussetzungen vorhanden sind. l. 19 D. de neg. gest. 2, 18, l. 20 C. fam. erc. 3, 36. Vgl. übrigens Brinckmann a. a. O. S. 100. Seeler a. a. O. S. 15, 54.

9) Notwendigkeit der Ausgaben fordert l. 25 § 15 D. fam. erc. 10, 2 . . . si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae judicio locus est. Dagegen wird in l. 6 § 12 D. comm. div. 10. 3 der Ersatzanspruch zugestanden, „si interfuit aedium hoc fieri“. Da nach den Grundsätzen des römischen Miteigentums Verbesserungen ohne die Zustimmung der Genossen nicht zulässig sind, so ist der Anspruch auf notwendige Ausgaben zu beschränken. Kosten bloß nützlicher Anlagen sind jedoch zu erstatten, wenn sie der Miteigentümer ausdrücklich oder indirekt genehmigte. Das letztere kann auch in wissentlichem Geschehenlassen liegen. Vgl. noch Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 310.

10) Erforderlich ist, daß man ein gemeinsames Geschäft vollzog, l. 9 § 4 D. de rebus auct. judicis 42, 5, und zwar in Kenntnis, daß die Sache gemeinsam war. l. 29, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3. Sonst steht nur eine actio negotiorum gestorum zu, sofern deren Voraussetzungen begründet sind, vgl. Brinckmann a. a. O., Seeler a. a. O. Auch diese Ansprüche können bei Gelegenheit der Teilung geltend gemacht werden, aber sie haben nicht die Vorzüge der a communi dividundo.

11) l. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t. 10, 3.

12) Anderer Ansicht ist Brinz Bd. 2 § 323, jedoch ohne guten Grund.

13) Die Konkursordnung § 51 bestimmt: „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentum . . . befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der . . . Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen.“

14) Kann man Gemeinschaftsschulden dessen, welcher seinen Anteil veräußert hat, seinen Rechtsnachfolgern in Rechnung stellen? Allgemein ist dies nicht zu bejahen, vgl. l. 4 § 4, l. 6 § 1 D. h. t. 10, 3. Aber Erstattung von Auslagen für die gemeinsame Sache wird man aus der Sache zurückhalten können, auch wenn der Genosse gewechselt hat, welchem die Sache zur Zeit der Verwendung gehörte, vgl. l. 14 § 1 D. h. t. 10, 3. Vgl. hierzu B.G.B. § 755 Abs. 2.

2. Jeder Miteigentümer kann einseitig Teilung fordern.[15] Für immer, nahm man in Rom an, kann dies Recht weder durch Vereinbarung noch durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen werden; auf Zeit kann es entzogen werden, sofern dies zum Vorteil der gemeinsamen Sache gereicht.[16]

In einigen besonderen Fällen, in welchen die Fortdauer der Gemeinschaft durch die wirtschaftliche Lage notwendig wird, kann die Teilung, welche wertzerstörend wäre, überhaupt nicht gefordert werden, z. B. bei Grenzmauern,[17] der gemeinsamen Einfahrt zweier Häuser,[18] einem mehreren Nachbarn gehörigen Brunnen.[19]

Behufs der Teilung hat der Richter das Recht des Eigentumszuschlages — der Adjudikation — und der Verurteilung — Kondemnation. Teilung bedeutet keineswegs bloß körperliche Zerteilung, sondern jede Weise der Auseinandersetzung, z. B. durch Zuteilung des Ganzen an einen Miteigentümer gegen die Verpflichtung der Entschädigung der Genossen.

In erster Linie hat der Richter bei Ausführung der Teilung die Vereinbarung der Beteiligten zu beachten; in Ermangelung von Vereinbarungen wählt er nach freiem Ermessen unter den Anträgen der Beteiligten.[20]

Das Verfahren fand in Rom in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit statt. Heutzutage ist die Teilung ein Akt der freiwilligen

15) l. 5 C. h. t. 3, 37. Diocletianus et Maximianus: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

16) l. 14 § 2 D. h. t. 10. 3. Paulus libro 3 ad Plautium. Si conveniat ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. Die Vereinbarung bindet auch die Singularsuccessoren der Paciscenten. l. 14 § 3 cit. in fine, l. 16 § 1 D. pro socio 17, 2, B.G.B. § 751, § 1010. B.G.B. § 749 gestattet den Ausschluß der Teilung für immer und auf Zeit. Doch kann die Teilung dann immer noch aus wichtigen Gründen verlangt werden. Vgl. Bürg. R. Bd. 2, § 371 S. 581.

17) Bezüglich der Grenzmauern ist eine doppelte Behandlung denkbar. Man könnte, da sie auf der Grenze stehen, geteiltes Eigentum — pro diviso — der Grenznachbarn annehmen. Vgl. oben § 76 Anm. 4. Man kann sie aber auch als ungeteilt im Miteigentum der Grenznachbarn stehend betrachten, als nach partibus indivisis gemeinsam. Die erstere Behandlung empfiehlt sich vom Standpunkt der bloßen Logik, die zweite ist aber die praktischere. Ihr huldigen denn auch die römischen Juristen, vgl. l. 8 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 22 D. communi dividundo 10, 3, l. 52 § 13 D. pro socio 17, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Ruete, Rechtsverhältnisse gemeinschaftlicher Mauern 1843, Kohler a. a. O. S. 167, Seeler S. 45.

18) l. 19 § 1 D. h. t. 10, 3. — Reelle Unteilbarkeit der gemeinsamen Sache ist kein Hindernis, da die Auseinandersetzung auch ohne reelle Teilung geschehen kann.

19) Bei solchen unteilbaren Objekten wird eine Vereinbarung und in deren Ermangelung eine gerichtliche Regulierung hinsichtlich des Gebrauches besonders nötig. So in l. 4 D. serv. leg. 33, 3.

20) l. 21 D. h. t. 10, 3, l. 3 § 1 C. h. t. 3, 37.

Gerichtsbarkeit;[21] streitige Vorfragen entscheidet der Prozeßrichter auf Grund einer Klage des interessierten Teiles.

Kann ein Miteigentümer Teilung gegenüber bloß *einigen* von *mehreren* Teilhabern durchsetzen? Ein solches Verfahren kann kein definitives Resultat geben, da es den nicht zugezogenen Teilhabern gegenüber nicht wirksam wird. Daher darf jeder Genosse fordern, daß alle zugezogen werden. Einige der Beteiligten *können* indessen auch ohne Zuziehung der übrigen verhandeln, indem sie unterstellen, daß die abwesenden Genossen später zustimmen werden. Dies Verfahren ist also nicht unzulässig, nicht nichtig.[22] [23]

Bei gerichtlicher wie bei außergerichtlicher Teilung stehen sich die Miteigentümer wie Verkäufer für Entwährung ein.[24] [25]

Die Teilungsklage findet sich wie beim Miteigentum, so auch bei gemeinsamen dinglichen Rechten und gutgläubigem Besitze.[26]

---

21) Reichsges. über die freiwillige Gerichtsb. v. 17. Mai 1898 §§ 86 ff., Reichsges. üb. d. Zwgsverst. v. 24. März 1897 §§ 180 ff.

22) Paul. sent. 1, 18 § 4 besagt: judex familiae erciscundae nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est. Dagegen erklärt Ulpianus libro 19 ad edictum l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2: Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus *accipi possit* und Paulus libro 23 ad edictum l. 8 pr. D. h. t. 10, 3 findet gleicherweise: Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium *inter eos accipi potest*. In beiden Stellen wird nur bezeugt, daß die Beteiligten sich auf ein solches Verfahren einlassen *können*, durchaus aber nicht, daß sie es müssen. Ein Zwang, in ein Teilungsverfahren einzutreten, welches zu keinem abschließenden Resultate führen kann — vgl. l. 17 C. familiae erciscundae 3, 36 — läßt sich nicht rechtfertigen. Obgleich der Ausspruch von Paul. sent. in Justinians Sammlung nicht aufgenommen ist, so hat er doch Gewicht und erläutert den Sinn der in die Kompilation aufgenommenen Stellen. Anders übrigens Zimmermann, über die Teilung unter wenigen von mehreren Kommunionsinteressenten im Archiv für ziv. Praxis Bd. 34 n. 9 und n. 14. Zimmermann folgen die meisten Neueren, vgl. Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 26. Siehe auch R.G. Bd. 12 S. 193.

23) Derzeit regelt die Sache das Reichsgesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit § 91 Abs. 2 ff.

24) l. 10 § 2 D. h. t. 10, 3. Ebenso B.G.B. § 757. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 35. Bedenken bei Strohal, d. deutsche Erbr. § 65 Anm. 24, 2. A. S. 363.

25) Ist eine Anfechtung der außergerichtlichen Teilung wegen Verkürzung eines Teiles zulässig? Dies behaupten viele in Gemäßheit von l. 3 C. comm. utriusque judicii 3, 38 Diocletianus et Maximianus. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Mit Recht bemerkt aber Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 25, daß nach dem Schlußsatze nur die Regel der bonae fidei judicia zur Anwendung kommen soll und daß hierdurch das unbestimmte „perperam" seinen Sinn erhält. Vgl. auch die ursprüngliche Fassung in der l. 4 Cod. Gregoriani 3, 6.

26) l. 7 pr. bis § 13 D. h. t. 10, 3.

III. Inhalt des Eigentumsrechtes.

§ 198. Grundeigentum.

1. Das Eigentumsrecht gewährt dem Individuum eine weite Sphäre selbständiger Verfügung. Insbesondere gibt ihm das Grundeigentum die Verfügung über die Erdoberfläche und über dasjenige, was mit ihr in fester Verbindung steht,[1] und verleiht ihm das ausschließliche Recht über den Luftraum des Grundstückes[2] und das Erdinnere desselben mit seinen Bestandteilen und Quellen.[3 4]

2. Daneben hat aber das Recht die Interessen der Nachbarn und der Allgemeinheit zu wahren. Es setzt zu diesem Zwecke dem Eigentum Grenzen und legt den Eigentümern Verpflichtungen auf.[5 6]

---

1) Vgl. oben § 74 Anm. 2, aber auch unten § 208 a. A.

2) Vgl. l. 1 pr. D, de serv. pr. urb. 8, 2, l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum. Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne supra id caelum. Pampaloni, sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo im archivio giuridico Bd. 48 S. 32.

3) l. 24 § 12 D. de damno infecto 39, 2, l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 vgl. aber Anm. 12.

4) Die Herrschaft des Eigentümers findet ihr natürliches Ende, wo die Möglichkeit menschlicher Beherrschung aufhört. Aber auch innerhalb dieser Sphäre gibt es ungeschriebene, in dem Zwecke des Privateigentums begründete, in der allgemeinen Überzeugung wurzelnde Begrenzungen. Die Luftwege insbesondere für Vögel, Luftballons u. s. w. sind frei. — Eine Tropfsteinhöhle eröffnete sich neuerlich tief unter den Ackergrundstücken der Erdoberfläche. Waren die bäuerlichen Besitzer derselben befugt das Betreten ihres „Anteils" von der Höhle, deren Mundloch sich weit entfernt eröffnete, zu verbieten, beziehungsweise nur gegen ein Entgelt zu verstatten? Das erschien absurd. Der Gemeingebrauch tritt vielmehr bezüglich der Höhle in sein Recht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Werenberg in Jherings Jahrb. Bd. 6 S. 12, Jhering ebendas. S. 85 ff., Windscheid Bd. 1 § 168 Anm. 2. Vgl. B.G.B. § 905: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat." Bürg. R. Bd. 3 § 67 S. 194.

5) Vgl. Dirksen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2 n. 16, Bekker, Jahrbuch Bd. 5 n. 10 und die Abhandlungen von Werenberg, Jhering, Hesse in Jherings Jahrbüchern Bd. 6 n. 1, 2 und 9.

6) Meist spricht man von Eigentumsbeschränkungen. Doch Forderungen gegenüber dem Eigentümer sind genau gesprochen keine Beschränkungen des Eigentumes. Daher haben manche die obligatorischen Verpflichtungen, welche dem Eigentümer als solchem obliegen, aus der Lehre ausgewiesen, vgl. Brinz Bd. 1 S. 479. Damit ist sachlich nichts gewonnen, denn die innere Zusammengehörigkeit bleibt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 1. — Übrigens handelt es sich bei den „Eigentumsbeschränkungen" keinesfalls um Beschränkungen eines an sich volleren Rechtes, sondern um die immanenten Grenzen des Eigentums. So Hartmann, dingliche Rechte an eigener Sache in Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 124 ff., vgl. auch oben § 192 Anm. 7. Gegen Hartmann erklärt sich Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 3 S. 121.

Das Recht des Grundeigentümers ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen von verschiedenem Umfang. Das römische Recht war der scharfen Ausprägung der Befugnisse des *Eigentümers* mehr geneigt; im heutigen Rechte haben die *sozialen* Momente eine größere Bedeutung gewonnen.

Die Förderung allgemeiner Interessen bezwecken folgende Rechtssätze: Die Besitzer von Ufergrundstücken haben die Inanspruchnahme der Flußufer für die Schiffahrt, insbesondere die Einrichtung eines Leinpfades, zu dulden;[7] baupolizeiliche Beschränkungen dienen der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit, der Reinlichkeit sowie ästhetischen Rücksichten;[8] den Eigentümern von Gebäuden in den Städten liegt deren Erhaltung ob;[9] im Rayon der Festungen sind reichsgesetzlich gewisse Anlagen verboten;[10] zahlreiche Verpflichtungen zu Naturalleistungen und Abgaben, z. B. Wegebauten, belasten die Grundbesitzer.[11]

3. Nach gemeinem deutschen Rechte steht die Gewinnung von *Metallen* und *Salz* den Grundeigentümern als solchen nicht zu; sie ist demjenigen vorbehalten, welcher das Recht zum Bergbau ordnungsmäßig erworben hat.[12] Diese Trennung vom Grundeigentum war wirtschaftlich gerechtfertigt. Die Kultur der Oberfläche und der Bergbau fordern

---

7) § 4 J. de rer. div. 2, 1.

8) Die römischen Bauordnungen waren für einzelne Städte bestimmt. Am berühmtesten ist das Gesetz Zenos für Konstantinopel, l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Ebenso sind heutzutage die Bauordnungen der Natur der Sache entsprechend *örtliche*. Vgl. vor allem Biermann, Privatrecht und Polizei 1897 S. 120 ff.

9) l. 46 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 7 D. de officio praesidis 1, 18, l. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

10) Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871.

11) l. 14 § 2 D. de muneribus 50, 4.

12) Altrömisches Recht war, daß der *Grundeigentümer* als solcher auch das ausschließliche Recht auf die *Fossilien* seines Grundstückes hatte, vgl. l. 77 D. de V. S. 50, 16, l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3. Aber Landbau und Bergbau sind so verschiedene Geschäfte, daß dieser Rechtszustand im römischen Reiche nicht festgehalten werden konnte, vgl. Arndt, Bergregal 1879. Es bestanden vielmehr lokale Gewohnheiten, wonach der Grundeigentümer Bergbau gegen eine Abgabe gestatten mußte, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. In den Provinzen aber schrieb man vielfach dem *Staate* das Recht an den Fossilien zu, was mit der Idee des Eigentumes des Staates an Provinzialboden zusammenhängen mochte. Auch Privaten gestattete man häufig die Okkupation von Bergwerken gegen Abgaben, lex metallorum Vipascensis §§ 7 und 9, Tit. Cod. Theod. de metallis et metallariis 10, 19. Nach l. 3 C. de metallariis 11, 7 ist allgemein Bergbau auf Privatgrundstücken gegen Abgabe von $^1/_{10}$ des Ertrages an den Grundeigentümer und von $^1/_{10}$ an den Fiskus zu gestatten. Dies kann unmöglich als gemeines Recht angesehen werden, wie Windscheid Bd. 1 § 169 Ziff. 10 tut. Welches die Grenzen und näheren Bedingungen eines solchen Rechtes wären, ist nicht geregelt. Das deutsche Bergrecht bildete sich in eigentümlicher Weise aus. Nach Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 67 wird es durch dieses nicht berührt.

verschiedene Fähigkeiten, Neigungen, Kenntnisse. Beide haben auch räumlich in der Regel verschiedene Sphären.

§ 199. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines.

1. Der Grundeigentümer ist regelrecht befugt, innerhalb der Grenzen seines Grundstückes zu schalten und zu walten, ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Nachbarn.[1] Er darf seinen Acker in einen Steinbruch verwandeln, seinen Park in eine Mietskaserne, sein Wohnhaus in eine Fabrik, auch wenn es den Nachbarn mißfällt.[2] An der Grenze aber endigt sein Recht. *Über die Grenze hinaus sollen seine Bauten, Erker, Läden nicht hinüberragen, seine Bäume nicht wachsen.*[3]

So teilt ein einfacher Grundsatz jedem das seine zu. Aber absolute Durchführung kann er nicht finden. Zahlreiche Rechtssätze mildern seine Starrheit und machen unmöglich, daß die Rechte des Eigentumes zu übermäßigem Nachteile der Nachbarn oder gar zur Beschädigung einer ganzen Gegend ausgebeutet werden.

2. Vor allem darf der Grundeigentümer von seinen Rechten nicht böswillig *bloß zur Chikane* des Nachbarn Gebrauch machen.[4]

3. *Unbedeutende unverschuldete Grenzüberschreitungen* muß sich der Nachbar dagegen gefallen lassen. Hierher kann eine geringe Senkung oder Ausbauchung der Mauer an der Grenze gehören.[5] [6]

4. Von größter Wichtigkeit ist, daß schädliche, durch Luft oder durch Wasser vermittelte s. g. *Immissionen* in die Nachbargrundstücke nicht

---

1) Spangenberg im Archiv für ziv. Praxis Bd. 9 n. 13; Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. 1880.

2) l. 26 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur, mihi videtur vera esse Proculi sententia. Vgl. hierüber Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 2 S. 50 ff. — l. 24, l. 25 D. eod., l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2, siehe ferner l. 9, l. 10 D. eod.

3) l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

4) Siehe oben § 41 Anm. 7.

5) l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Alfenus libro 2 digestorum. Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Daß man gegen eine Ausbauchung der Mauer *unter* einem halben Fuß *niemals* ein Klagerecht habe, ist hier nicht gesagt und nicht anzunehmen. Die Billigkeit im Einzelfalle muß maßgebend sein.

zulässig sind, sofern sie das gewöhnliche Maß überschreiten.[7] [8] Dahin können gehören: Rauch und Dampf von Fabriken, Kohlenstaub von Kohlenlagern, Feuerfunken von Lokomotiven,[9] Feuchtigkeit von einer Badeanstalt, schädliche Substanzen aus der Gasbereitung, Abflüsse, welche Quellen und Flüsse verderben. Auch gegen Gerüche sowie gegen Lärm ist Schutz zu gewähren, falls es sich um andauernde oder sich regelmäßig wiederholende außerordentliche Belästigungen handelt.[10] [11] [12] Die Klage

6) Für ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfolgten Überbau auf fremdem Grundstück enthält B.G.B. §§ 912 ff. dem Bauenden günstige Bestimmungen. Bürg. R. Bd. 3 § 83 S. 235, Martin Wolff, d. Bau auf fremdem Boden 1900.

7) Das Eigentum am Grundstücke gibt das Recht, die Sache in gewöhnlicher Weise zu benutzen, ohne daß in Betracht kommt, ob infolgedessen etwas in des Nachbars Luftraum gelangt. In diesem Sinne schreibt Ulpianus libro 17 ad edictum l. 8 § 6 D. si serv. vind. 8, 5: Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere, et ait magis non posse agi, sicut agi non potest jus esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Ganz anders Windscheid Bd. 1 § 169 Ziff. 1 in den älteren Auflagen seines Werkes. Er rechnete unter die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, „daß sich der Eigentümer eines Grundstückes eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe, z. B. durch Rauch, Staub, Dampf, wie sie die Folge der durch die Natur des Grundstückes gegebenen gewöhnlichen Benutzung ist, gefallen lassen müsse". Dies war nicht richtig. Der Nachbar braucht sich eine solche Einwirkung nicht gefallen zu lassen, er kann sie durch Scheidewände oder andere Vorkehrungen abwehren. Ihm fehlt aber ein Verbietungsrecht, durch welches er den Nachbar an der gewöhnlichen Benutzung seines Grundstückes hindern könnte.

8) l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum. Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere jus illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant, dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri. Aristo hat also unseren Rechtssatz bei Gelegenheit des Streites des Pächters der Käsefabrik zu Minturnä mit den umliegenden Grundbesitzern zuerst entwickelt, vgl. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

9) R.G. Bd. 7 S. 266.

10) Die Frage, ob man wegen Lärms oder wegen der Gerüche, die vom Nachbargrundstücke herüberdringen, ein Einspruchsrecht hat, ist sehr bestritten. Dagegen erklärte sich u. a. Spangenberg a. a. O. S. 271, dafür sind Ihering a. a. O. S. 111 ff. und Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 20. Vgl. auch Sturm, Beiträge 1891 III. Windscheid stützt sich darauf, daß die Verbreitung des Geruches mittels Überführung von gasförmigen Körpern, die Belästigung durch Lärm mittels der Schwingung von Schallwellen geschehe, so daß der Gesichtspunkt der Juristen ausreiche. Das R.G. Bd. 6 S. 217 sieht hiervon ab. Das Eigentum sei verletzt, nicht bloß wenn die Integrität der Sache beschädigt werde, sondern auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache aus einem Grunde verhindert oder erschwert werde, welcher sich gegen die Menschen selbst richte, deren Bedürfnis durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden solle. Übrigens kommt gerade bei Geruch und Lärm — R.G. bei Gruchot Bd. 32 S. 933 — auf die besonderen Verhältnisse viel an. In der Fabrikvorstadt wird man mehreres dulden müssen, als im Westend oder dem Geheimratsviertel der Residenz.

des Nachbarn ist die actio negatoria, da ein ungerechtfertigter Eingriff in sein Eigentumsrecht vorliegt. Sie geht gegenüber polizeilich genehmigten Fabrikanlagen nicht auf Einstellung des Betriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche den Schaden verhindern, oder wenn dies nicht ausführbar ist, auf Entschädigung.[13] Ersatz des den Nachbarn zugefügten Schadens ist für die Zeit vor der Klageerhebung nur, wenn ihn der Nachbar voraussehen und hindern konnte, also im Falle seiner Verschuldung, für die Zeit nachher schlechthin zu leisten.[14]

§ 200. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen.

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen über die Nachbarverhältnisse stammen größtenteils aus ältester römischer Zeit.

1. Nach dem Rechte der 12 Tafeln mußte zwischen Gebäuden ein Zwischenraum von mindestens $2\frac{1}{2}$ Fuß — der ambitus — frei bleiben.[1] Dies wurde nicht römisches Reichsrecht.

Es soll aber der Richter bei der Grenzscheidungsklage — natürlich auch bei der Teilungsklage — die Grenze möglichst in der Art ziehen, daß ein entsprechender Abstand von den Anlagen des Nachbars bleibt.[2]

Neubauten sollen ferner der Tenne des Nachbarn den Luftzug nicht benehmen.[3] Man hat den Satz zuweilen auf konzessionierte Windmühlen übertragen; gemeinrechtlich ist dies nicht begründet.[4]

2. Auf das Nachbargrundstück herüberfallende Früchte bleiben nach römischem Rechte dem Eigentümer der Bäume, denen sie

Über einen Fall, in welchem Klägerin selbst ihr gottesdienstliches Gebäude dicht an die Werkstätte des Beklagten, von welchem der Lärm drang, heranrückte, vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 34 S. 476.

11) In B.G.B. §§ 906 ff. finden sich den gemeinrechtlichen entsprechende Bestimmungen. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 80 S. 227.

12) Über ungehörige Beeinträchtigung der Nachbarn durch Bienenzucht siehe R.G. Bd. 12 S. 173, Seuff. A. Bd. 47 n. 97 (O.L.G. Stuttg.), Bälz, d. Recht an Bienen 1890 § 4.

13) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 26. Wie aber hat die Verurteilung zu geschehen, um erzwingbar zu werden? Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 379 empfiehlt, auf Entschädigung zu klagen für den Fall, daß sich der Beklagte nicht bis zum Urteil zur Herstellung bestimmter entsprechender Schutzeinrichtungen erbietet. Vgl. hierzu indessen R.G. in Seuff. Arch. Bd. 51 Nr. 289, Bd. 53 Nr. 180.

14) arg. l. 5 C. de serv. 3, 34 „si injuriose exstruxit". Ist cautio damni infecti gefordert, so ist Schadensersatz in weiterem Umfange zu leisten, l. 29 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Vgl. überhaupt R.G. Bd. 6 S. 222, R.G. bei Gruchot Bd. 32 S. 889, aber auch Bolze, Praxis d. R.G. Bd. 13 S. 55.

1) So nach Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 518. Festus v. ambitus. Vgl. l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

2) l. 13 D. finium regundorum 10, 1. Vgl. Seuff. A. Bd. 47 n. 96 (R.G.).

3) l. 14 § 1 C. de servit. 3, 34.

4) Vgl. Vangerow § 297 Anm. 6, Seuff. A. Bd. 48 n. 246.

entfielen. Es darf sie daher auf dem Nachbargrundstück aufleſen, und zwar einen um den anderen Tag.[5] Anders und praktiſcher die Mehrzahl der Partikularrechte nach deutſcher Rechtsanſicht. Hiernach werden ſolche Früchte mit ihrem Herüberfallen dem Nachbarn zu eigen.[6]

3. Der Eigentümer eines unbebauten Grundſtückes hat die überragenden Zweige der Bäume des Nachbargrundſtückes zu dulden, wenn ſie 15 Fuß über dem Boden ſind.[7] Der Eigentümer eines Gebäudes braucht überragende Bäume nicht zu dulden.[8] Hinüberwachſende Wurzeln ſind zu beſeitigen, wenn ſie ſchaden, insbeſondere wenn ſie die Fundamente des Nachbarhauſes gefährden.[9]

4. Das unten belegene Grundſtück hat das vom höher belegenen abfließende Regenwaſſer aufzunehmen.

5. Der Nachbar iſt verpflichtet, dem Nachbargrundſtücke in Notfällen den ſogenannten Notweg gegen Entſchädigung zu verſtatten.[10]

5) Das bezügliche Interdikt lautete nach l. un. pr. D. de glande legenda 43, 28: „glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto“. Glans ſtand für jede Frucht. Streitfrage iſt, ob „tertio quoque die“ heißt: einen um den anderen Tag, was dem römiſchen Sprachgebrauche und der Natur der Sache entſpricht, oder: je am dritten Tage, oder endlich; noch am dritten Tage, wie Ältere vermeinten. — Auch actio ad exhibendum beſtand, l. 9 § 1 D. ad exhibendum 10, 4.

6) Arthur Schmidt, das Recht des Überhangs und Überfalls 1886. Der deutſchen Rechtsanſicht folgt B.G.B. § 911. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 82 S. 232.

7) l. 1 § 7 D. de arboribus caedendis 43, 27. Deinde ait praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. § 8. Quod ait praetor et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur: et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. Die herrſchende Meinung bezieht dieſe Beſtimmung auf überhängende Bäume. Koch in Löhrs Magazin Bd. 4 Heft 3 S. 336 und namentlich Wächter, Pand. Bd. 2 S. 14 finden, daß es ſich nicht um Überhängen handele, ſondern um Bäume, die gegen das Nachbargrundſtück hängen, ohne die Grenzen zu überſchreiten. Es müſſe der Nachbar die Äſte ſeiner Bäume unter fünfzehn Fuß lichten und einſchneiden, wenn ſie durch ihre Dichtigkeit dem benachbarten Grundſtücke nachteilig ſeien. Dieſe Annahmen ſind verfehlt. Daß die Lichtung der Zweige nur zu geſchehen habe, wenn ſie durch Dichtigkeit dem Nachbargrundſtücke ſchädlich würden, ſagt das Interdikt nicht. Die Beſtimmung hätte daher eine Allgemeinheit, in welcher ſie unanwendbar wäre. — Muß der Nachbar Mauern, lebende Hecken, die jenſeits der Grenze ſind, dulden, ſo kann er auch kein Recht gegenüber dichten Zweigen haben, die ſich der Grenze zukehren. Unter den Anhängern der richtigen Anſicht, wonach es ſich um ein Überhängen der Zweige handelt, beſteht weiter Meinungsverſchiedenheit darüber, ob die Beſeitigung der Zweige über oder unter fünfzehn Fuß von der Erde an gemeint iſt. Sprachlich ſind beide Anſichten möglich; ſachlich iſt nicht zu beſtreiten, daß überhängende Zweige nahe der Erdoberfläche die Kultur im allgemeinen mehr behindern als Zweige, welche von der Erdoberfläche entfernt ſind. Herrſchend iſt daher die letztere Anſicht. — Nach B.G.B. § 910 iſt der Nachbar zur Beſeitigung der herübergewachſenen Wurzeln oder Zweige befugt, es ſei denn, daß ſie die Benutzung ſeines Grundſtücks nicht beeinträchtigen. Bürg. R. a. a. O.

8) l. 1 pr. D. de arboribus caedendis 43, 27.

9) l. 1 C. de interdictis 8, 1.

6. Im römischen Reiche war vielfach Lokalstatut der Städte, daß die einmal bestehende Form der Häuser nicht zum Nachteile der Nachbarn ohne deren Zustimmung geändert werden dürfe.[11] Dies hat zwar nur historische Bedeutung, ist aber zum Verständnis mancher Erscheinungen des römischen Rechtes wichtig.

Nicht selten, aber ungenau, bezeichnen Neuere die Nachbarrechte als Legalservituten.[12]

Zweites Kapitel.

Erwerb und Verlust des Eigentumes.

I. Allgemeines.

§ 201. Die Erwerbsarten.[1]

Unausgesetzt treten neue Objekte in das Eigentum der Menschen. Rastlos vollzieht sich aber auch der Umsatz der Güter von einer Hand in die andere, teils von Todes wegen — was unserer Betrachtung zunächst fern bleibt —, teils unter Lebenden.

Die moderne Systematik[2] unterscheidet nach einem wichtigen juristischen Kriterium den Eigentumserwerb in abgeleiteten — derivativen — und nicht abgeleiteten — originären.[3] Der abgeleitete Erwerb ist durch das Eigentum des Vorgängers bedingt, der nicht abgeleitete ist dies nicht. Derivativ ist namentlich die

10) Vgl. Menzel, das Recht des Notwegs, n. 19 ff. der — Wiener — Juristischen Blätter 1896, insbesondere über die Frage, ob unmittelbare nachbarliche Beschränkung oder Recht auf Enteignung besteht. Dies Nachbarrecht kennt auch B.G.B. §§ 917, 918, es sei denn der Notstand durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers hervorgerufen. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 84 S. 238.

11) Man sollte „formam ac statum antiquorum aedificiorum" einhalten, soweit dies im Interesse der Nachbarn lag, l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, vgl. l. 41 § 1 D. eod., l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Dies entsprach der Weise der römischen Kaiserzeit, welche mühsam das Bestehende erhielt, so daß nach und nach das Leben erstarrte.

12) Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 124: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch andern als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen."

1) Czyhlarz, die Eigentumserwerbsarten bei Glück, Bücher 41, 42, Bd. 1, 1887.

2) Die römische Einteilung in zivile und naturale Erwerbsarten, je nachdem sie aus dem jus civile oder dem jus gentium stammen, l. 1 pr. D. de a. r. d. 41, 1, hat eine bloß historische Bedeutung. Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 5.

3) Den Römern war diese Einteilung unbekannt. Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 19. In etwas modifizierter Gestalt ist sie dem preußischen Landrecht zu Grunde gelegt.

Übereignung durch Tradition. Nicht abgeleitet sind diejenigen Erwerbsarten, welche herrenlose Güter einem Eigentümer zuführen, z. B. die Okkupation, ferner auch einige, welche einen bloßen Wechsel des Eigentumes vermitteln, insbesondere die Ersitzung.[4]

Unsere Darstellung soll zuvörderst von dem Eintritt der Güter in das menschliche Eigentum und dann von dem Umsatze des Eigentumes handeln. Es ergibt sich uns hiernach folgende Klassifikation:

a) Erwerb herrenloser oder neu entstandener Güter durch Tätigkeit des Erwerbers, insbesondere durch Okkupation und Spezifikation.

b) Erwerb infolge des Eigentumes an einer anderen Sache.

Erwerb von Sachen infolge des Eigentumes an anderen wird Accession genannt. Es kann sich dabei um eine bloße Erweiterung der Hauptsache handeln — Accession im engeren Sinne[5] —, oder um Erwerb von Sachen, welche selbständige Vermögensobjekte bilden,[6] z. B. die Schatzhälfte des Grundeigentümers, die Insel im Flusse.

c) Wechsel des Eigentumes in derivativer Weise.

d) Wechsel des Eigentumes durch Ersitzung.[7]

§ 202. Das Eigentumsrecht und die Sache.

Es gilt der Satz: eine Sache, ein Eigentum.[1] An körperlichen Bestandteilen einer Sache kann daher während der Verbindung ein besonderes Eigentum nicht entstehen.[2]

Die Fortdauer des Eigentumes ferner ist durch die Erhaltung der Sache bedingt. Doch bleibt es bestehen, wenn sich die Sache bloß verändert. Was aber sind die Bedingungen der Erhaltung der Sache? Ist es die Substanz oder ist es die Form, welche ihre Identität bestimmt?[3]

---

4) Siehe oben § 81 Anm. 1.

5) l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1, l. 26 § 1, l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

6) Dieser Begriff der Accession ist quellenmäßig, vgl. l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, insbesondere die Worte der Einleitung, unten § 207 Anm. 13 abgedruckt. Er entbehrt auch nicht innerer Berechtigung. Aber freilich darf man Accession nicht, wie häufig geschieht, mit „Verbindung" übersetzen. Dies hat Bechmann, Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession 1867, zu dem Versuche geführt, den Begriff der Accession auf die Fälle der Verbindung zu beschränken.

7) B.G.B. behandelt getrennt Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken — §§ 925 ff. — und an beweglichen Sachen — §§ 929 ff.

1) Brinz Bd. 1 § 130. Vgl. jedoch oben § 77 Anm. 11. Das B.G.B. sucht dies schroff durchzuführen.

2) Vgl. oben § 78 Anm. 15 ff. bezüglich der Früchte.

Die Gleichheit der Substanz ist nicht unumgänglich. Das Tier, die Pflanze bleibt dieselbe Sache, obwohl deren Substanz in beständiger Erneuerung begriffen ist und schließlich eine völlig andere wird.

Daher scheint das Erhalten der Form das Entscheidende zu sein.[4] Unbedingt kann auch dies nicht zugestanden werden. Der Most ist anderer Art als der ausgegorene Wein, das Füllen hat eine andere Gestalt als das ausgewachsene Pferd. Niemand zweifelt aber an der Identität. Aber ein Schiff gilt als etwas anderes als das Werkholz, aus dem es gebaut ist. Es gilt als neue Sache, neues Eigentum.[5]

Nicht abstrakte Erwägungen, sondern tatsächliche Momente sind demnach maßgebend. Die Anschauungen des Lebens entscheiden. Sie halten nicht selten an der Identität fest, auch wenn sich Substanz oder Form ändern. Der Wechsel der Substanz wird namentlich dann nicht beachtet, wenn er sich allmählich vollzieht. Die Umgestaltung der Form andererseits ist in Fällen nicht wesentlich, in welchen die Identität der Substanz vor Augen liegt. Die Erhaltung des Namens der Sache kann für die volkstümliche Anschauung einen Fingerzeig geben. Entscheidend ist auch dieses Kriterium nicht.

II. Okkupation und Spezifikation.

§ 203. Okkupation.

Herrenlose, des Eigentumes fähige Sachen werden Eigentum des Okkupanten, falls das Recht über sie nicht anders verfügt.[1]

Okkupation ist die Besitznahme herrenloser Sachen mit dem Aneignungswillen. Das bloße Bemühen zu okkupieren gibt noch kein Vorrecht.[2] Der Okkupant braucht die Herrenlosigkeit nicht zu kennen. Wer herrenlose Sachen in diebischer Absicht an sich nimmt, wird also deren Eigentümer.[3]

---

3) Vgl. auch O. Fischer, Die Probleme der Identität und der Neuheit 1892.

4) Schon die Glosse zu l. 7 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 besagt „forma id est esse rei", vgl. Landsberg, Glosse S. 238. In interessanter Weise entwickelt diese Ansicht Bechmann, Rechtsgrund der Spezifikation, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 47 n. 2.

5) l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7. Das Pfandrecht am Werkholz überträgt sich daher nicht auf das Schiff, obgleich dies dem Eigentümer des Werkholzes anheimfällt. Vgl. freilich Czyhlarz a. a. O. S. 266, Sulzer, Spezifikation 1884 S. 53.

1) l. 3 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. § 12 J. de rer. div. 2, 1. Leist, Natur des Eigentums S. 73, Czyhlarz a. a. O. S. 29. Vgl. B.G.B. „Aneignung" § 958 ff.

2) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

3) Vgl. l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, abgedruckt oben § 194 Anm. 2. Gimmerthal im Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 S. 539 lehrte das Gegen-

Der Okkupation unterliegen Grundstücke[4] wie Mobilien, und zwar namentlich folgende Kategorien:

a) Objekte, welche noch *nie im Eigentume standen*, namentlich solche, welche die Natur beständig neu erzeugt: die freien Tiere des Festlandes, der Flüsse und des Meeres,[5] Vogelnester und -Eier, Honig wilder Bienen, Meeresprodukte, Eis der Flüsse.[6] Okkupierbar sind ferner noch nicht in Besitz genommene Meeresinseln.[7]

b) Was bereits im Eigentume stand, aber durch erbloſen Tod des Eigentümers, durch *Dereliktion* des Eigentumes oder in anderer Weise herrenlos wurde, steht der Okkupation gleichfalls offen.[8 9]

Befinden sich die herrenlosen Objekte auf privaten Grundstücken, so werden *Kollisionen* zwischen dem *Okkupationsrechte* und dem *Grundeigentume* möglich. Dieselben treten namentlich bezüglich der *jagdbaren Tiere* hervor.

Der Grundeigentümer war nach *römischem* Rechte befugt, das Betreten seines Grundstückes zum Zwecke der Okkupation zu verbieten oder zu verhindern, z. B. durch Einzäunung seines Grundstückes. Der Okkupant, welcher sich trotzdem eindrängte, wurde zwar Eigentümer des von ihm okkupierten Gegenstandes;[10] aber der Grundeigentümer konnte

teil infolge eines arg. a contrario aus l. 2 pr. D. pro derelicto 41, 7 Paulus libro 54 ad edictum: Pro derelicto rem a domino habitrm si sciamus, possumus adquirere; doch Paulus denkt dabei nur an den Fall, wie er sich gewöhnlich darstellt. An den sehr seltenen, daß man eine Sache wegnimmt, welche deren Eigentümer gerade zufälligerweise ohne unser Wissen derelinquiert hat, denkt er nicht. Anders Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 415.

4) Nach deutscher Rechtsauffassung unterliegen herrenlose Grundstücke der freien Okkupation nicht, sie sind vielmehr dem Staate oder den Gemeinden vorbehalten. Doch betrachtet man die freie Okkupation herrenloser Immobilien als gemeines Recht. B.G.B. § 928 Abs. 2 folgt der deutschen Rechtsauffassung. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 95 S. 274.

5) l. 1 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, §§ 12 ff. J. h. t. 2, 1.

6) Vgl. oben § 69 Anm. 12.

7) l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

8) Vgl. über Dereliktion unten § 223 Anm. 2 und 3. Bloßes Aufgeben des Besitzes macht natürlich die Sache nicht herrenlos. In der christlichen Kaiserzeit bildete sich jedoch der Satz, daß man Eigentümer verlassener landwirtschaftlicher Grundstücke werde, wenn man sie in Kultur nehme. Dem bisherigen Eigentümer blieb nur ein Vindikationsrecht binnen zwei Jahren gegen Ersatz der für die Kultur aufgewendeten Kosten. l. 8 C. de omni agro deserto 11, 59, vgl. 11 C. eod. Gemeinrechtlich gilt dies nicht. Siehe übrigens Czyhlarz a. a. O. S. 96.

9) Nach römischem Rechte galten als herrenlos auch Sachen der Feinde. Sie fielen dem Okkupanten anheim, l. 51 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Eroberte Grundstücke dagegen wurden ager publicus, l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15. Die römischen Grundsätze sind nicht gemeinrechtlich. Über das heutige Recht vgl. Heffter, Völkerrecht §§ 130 ff., §§ 150 ff., Bluntschli, das Beuterecht im Kriege 1878.

10) l. 3 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno, plane qui in alienum fundum ingreditur venandi

ihn ausweisen und gegen ihn possessorisch und negatorisch auf Verbot und Schadenersatz klagen.[11] Dies gab dem Grundbesitzer die Möglichkeit, aus der Jagd einen regelmäßigen Ertrag zu ziehen. Die Jagd galt infolgedessen in Rom als Frucht des Grundstückes.[12 13]

Das gemeinrechtlich geltende deutsche Recht hat andere Normen. Der Eigentumserwerb durch Okkupation ist nach demselben auf die Jagd- und Fischereiberechtigten beschränkt. Wer wildert, wird demnach nicht Eigentümer des von ihm Erbeuteten.[14]

§ 204. Spezifikation.[1]

Verarbeitung fremder Mobilien in neue Formen ist Spezifikation. Entsteht hierdurch neues Eigentum? Hierüber bestand unter den römischen Juristen ein Schulstreit.[2]

---

aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. Vgl. l. 16 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

11) l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17, l. 1 D. de loco publico 43, 9. Brinz Bd. 1 S. 569 Anm. 41 meint freilich, wer gegen Verbot gehe, sei nur injuriarum belangbar, für negatoria fehle es an der controversia juris, für uti possidetis an der controversia possessionis. Dies ist nicht zutreffend, vgl. oben § 186. Siehe jedoch Czyhlarz a. a. O. S. 54 und dort Zitierte.

12) l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 12 § 12 D. de instructo 33, 7. Brinz S. 567 nimmt an, Frucht sei die Jagd nur, wenn in der Besitzung Jägerei, Fischerei bestehe und ein weidmännisch mit Jägern, Treibern, Jagdhunden und Jagdgeräten unterhaltener Jagdbetrieb eine ständige Rente abwerfe. In der Tat kommt es aber nur darauf an, ob die Jagd einen regelmäßigen wirtschaftlichen Ertrag der Sache bildet, siehe oben § 78 Anm. 6.

13) Neuerdings haben Wächter, Jagdrecht in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät Bd. 1 S. 331, und Wendt in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 8 vergeblich Scharfsinn aufgeboten, um aus den römischen Quellen ein Jagdrecht moderner Art zu konstruieren. Wendt S. 413 bemerkt mit Recht, die actio furti gegen den Wilderer stehe und falle mit dem von ihm verteidigten Jagdrecht als der ausschließlichen Okkupationsbefugnis des Grundeigentümers. Aber eine solche Klage gegenüber dem Wilderer aus den Quellen nachzuweisen, ist ihm nicht gelungen. Es genügt übrigens, die in Anm. 10 gedruckte Stelle zu lesen, um zu wissen, was von der Konstruktion Wächters zu halten ist. Siehe auch Schirmer i. d. Ztschr. f. Rechtsg. Bd. 11 S. 311, Ztschr. d. Savignystift. Bd. 3 S. 23, Czyhlarz a. a. O. S. 64, Landucci archivo giur. XXIX p. 386. Die richtige Ansicht hat schon die Glosse, vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 215.

14) Daß der Wilderer, welcher in fremdes Jagd- oder Fischereirecht eingreift, nach deutschem Rechte nicht Eigentümer der Beute wird, ist herrschende Ansicht. Bestritten ist aber, ob der Wilderer als „unfreiwilliger Repräsentant" den Jagdberechtigten durch seine Okkupation zum Eigentümer macht, oder ob die Sache herrenlos bleibt, bis sie an den Jagdberechtigten, oder auch an einen gutgläubigen Erwerber kommt. Das Letztere ist das Richtige. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 70, R.G. in Strafsachen Bd. 23 S. 89; B.G.B. § 958 Abs. 2 und hierzu Bürg. R. § 111 S. 313.

1) Meykow, die L. v. d. Eigentumserwerbe durch Spezifikation in Osenbrüggens Dorpater juristischen Studien S. 149 ff.; Bechmann, Rechtsgrund der Spezifikation im Archiv für ziv. Praxis Bd. 47 n. 2; Fitting, Spezifikation ebendaselbst Bd. 48 n. 1, 7, 13; Sulzer, Spezifikation 1884; Czyhlarz a. a. O. S. 249; Ferrini im

Die Sabinianer verneinten den Eigentumswechsel. Ihnen galt die verarbeitete *Materie* als die Hauptsache.[3] Die Prokulianer dagegen betrachteten in vorzugsweiser Betonung der umschaffenden *Arbeit* das Resultat als neue Sache. Sie teilten das Eigentum daher dem Arbeiter zu.[4]

Die Ansicht der Prokulianer wurde die herrschende. Jedoch mußten den Gegnern erhebliche Konzessionen gemacht werden.

Dahin ist kaum zu rechnen, daß bloße Bearbeitung, z. B. Färben,[5] wie auch Enthüllen des bereits Vorhandenen, z. B. Ausdreschen von Getreide, nicht genügt.[6] Denn dies ist nur eine sachgemäße Begrenzung des Begriffes der Spezifikation.

Es stellte sich aber die Mittelmeinung fest und wurde von Justinian rezipiert, daß dem Stoffeigentümer das Arbeitsprodukt dann verbleibt,

---

bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 2 S. 182 und hierüber Schneider, krit. V.J.Schr. Bd. 36 S. 44; Paret, Spezifikation 1892; O. Fischer, d. Problem der Identität und der Neuheit 1892 § 6; Sokolowski in der Savignyzeitschr. Bd. 17 S. 242. Vgl. B.G.B. § 950 und hierzu Bürg. R. Bd. 3 § 109 S. 304.

2) Gaj. Inst. II § 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris. sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum? Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem.

3) In neuerer Zeit wird meist behauptet, auch die Sabinianer seien von der Ansicht ausgegangen, die spezifizierte Sache sei nicht die alte, sondern eine *neue*, die jedoch dem Stoffeigentümer zufalle. Dies ist nicht bewiesen. Es widerspricht auch der Erfahrung, daß man in einem wissenschaftlichen Streite dem Gegner von vornherein die wichtigste Prämisse seiner Ansicht zugibt, falls dieselbe so sehr zweifelhaft ist wie hier. Vgl. oben § 202.

4) Nicht die schaffende Arbeit betrachten viele Neuere als das Bestimmende für den Erwerb des Spezifikanten, sondern den Gedanken der Okkupation der herrenlos gewordenen Sache. Der Erwerb durch Spezifikation wurzele nicht in materiellen, sondern in bloß formalen Erwägungen. So namentlich Bechmann a. a. O. Aber § 25 J. de rer. div. 2, 1 weist auf das Gegenteil hin, „cum non solum *operam suam* dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit". Vgl. auch Plinius, historia nat. XXXIV 2, 3: ars pretiosior erat; nunc incertum est pejor haec sii, an materia. Auf den Zusammenhang der Ansichten beider Schulen mit philosophischen Lehrmeinungen macht Sokolowski a. a. O. aufmerksam.

5) l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. B.G.B. § 950 erweitert den Tatbestand der Spezifikation unter anderem auf Schreiben, Malen, Drucken, Gravieren, überhaupt auf Bearbeiten der Oberfläche.

6) l. 7 § 7 in fine D. de a. r. d. 41, 1. Die entgegengesetzte Äußerung in § 25 J. h. t. — Gaj. Inst. II § 79 ist wohl nur infolge eines Versehens in die Kompilation mitübernommen.

wenn es in die alte Gestalt zurückführbar ist. Dies ist namentlich bei Metallarbeiten stets der Fall.[7] [8] Gehört jedoch der verarbeitete Stoff dem Spezifikanten auch nur zum Teil, dann fällt ihm das Arbeitsprodukt trotzdem zu.[9]

Rationeller war die Beschränkung, welche Paulus zur Geltung brachte, daß der Eigentumserwerb des Spezifikanten guten Glauben voraussetze.[10]

Darauf kommt nichts an, ob man persönlich spezifizierte oder durch Dritte, z. B. durch Gesellen, Fabrikarbeiter.

Der Spezifikant kann auf seine Bereicherung vom Stoffeigentümer in Anspruch genommen werden.[11]

---

7) l. 12 § 1, l. 24 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Die Mittelmeinung hat neuerdings in Sulzer a. a. O. S. 140 und Czyhlarz a. a. O. S. 337 Verteidiger gefunden. Sie ist aber durchaus verfehlt; denn nicht das wird in Betracht gezogen, ob das Arbeitsprodukt ohne Wertzerstörung wieder in die alte Gestalt geführt werden kann, sondern ob dies physisch möglich ist. Es genügt also, daß ein Kunstwerk von Erz, dessen Wert das Hundertfache des Materials ist, wieder eingeschmolzen werden kann, um dem Künstler sein Arbeitsprodukt zu entziehen.

8) Eine praktischere Beschränkung trifft B.G.B. § 950, nämlich für den Fall, daß der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist, als der Wert des Stoffes.

9) So § 25 J. de rer. div. 2. 1. Vgl. Fitting a. a. O. S. 318 und im Archiv für ziv. Praxis Bd. 59 n. 14. A. Ansicht Sulzer a. a. O. S. 78, dagegen aber Czyhlarz a. a. O. S. 350. Siehe auch Steiner im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 S. 119.

10) Freilich ist dies sehr bestritten. Natürlich sind die Anhänger der Okkupationstheorie Gegner. Wer aber den Erwerb durch Spezifikation auf die Verarbeitung gründet, muß es entsprechend finden, daß nur die „redliche Arbeit" geschützt wird. Die Quellen stehen entschieden auf dieser Seite. Vor allem l. 12 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Paulus libro 26 ad edictum. Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Denn hier entscheidet Paulus, daß im Fall der mala fides des Vorarbeitenden dem Stoffeigentümer die actio ad exhibendum auf das Arbeitsprodukt, z. B. die Kleider, zustehe, weil dieses ihm gehöre, als aus seiner Sache entstanden. Das hat Brinz Bd. 1 § 149 S. 577 nicht widerlegt. Hiermit korrespondiert Paulus libro 54 ad edictum l. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit. Dem Bestohlenen wird ferner geradezu verstattet, das Arbeitsprodukt zu kondizieren, l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 37 ad edictum. Auch hieraus ergibt sich, daß man dasselbe als dem Bestohlenen zu eigen und demnach selbst als gestohlen erachtete. Denn es ist dies etwas ganz anderes, als das Recht, bei der Kondiktion gestohlenen Stoffes ein erhöhtes Interesse zu liquidieren, weil man daraus ein Arbeitsprodukt hätte herstellen können. Vgl. Sturm a. a. O. S. 123, Paret a. a. O. S. 26, Pernice, Labeo, Bd. 2 2. Aufl. S. 320 ff. Vom guten Glauben sieht ab B.G.B. § 950.

11) Mit der condictio sine causa. So auch B.G.B. § 951. A. Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 379.

III. Fruchterwerb.

§ 205. Die Fälle des Fruchterwerbes.[1]

Im folgenden sprechen wir vorzugsweise vom Erwerb der von Grundstücken abgesonderten Früchte. Was von ihnen bemerkt wird, ist entsprechend auf andere fruchttragende Sachen anzuwenden.

Die Früchte gehören entweder dem Eigentümer des Grundstückes oder anderen Nutzungsberechtigten.

1. Dem Eigentümer fallen die Früchte seines Grundstückes unmittelbar mit der Trennung zu.[2] Dies ist Eigentümerrecht, welches immer zur Geltung kommt, wenn nicht besondere und stärkere Nutzungsrechte bestehen. Der Eigentümer erwirbt die Früchte seines Grundstückes, auch wenn er nicht in dessen Besitz ist, auch wenn ein Dritter pflanzte oder erntete.[3] Insbesondere wird er Eigentümer der Früchte, die der bösgläubige Besitzer seines Grundstückes zieht.

2. Der Emphyteuta wird gleichfalls Eigentümer der Früchte mit deren Trennung. Denn sein Recht ist dem des Grundeigentümers nachgebildet.[4]

3. Der Nießbraucher dagegen hat keine eigentumsgleiche Stellung, sondern nur das Gewinnungsrecht der Früchte. Hieraus folgerte man — namentlich auf die Autorität Julians hin —, daß der Nießbraucher die Früchte erst durch die Perzeption, d. h. durch Besitznahme, erwerbe.[6] Daher bleiben die Früchte dem Grundeigentümer zu

---

1) Vgl. oben § 78. Die einzelnen Fälle des Fruchterwerbes beruhen auf verschiedenen juristischen Gesichtspunkten; sie gehören teils zur Accession, teils nähern sie sich dem Erwerb durch Tradition, teils dem durch Spezifikation. Vgl. B.G.B. §§ 953 ff., Bürg. R. Bd. 3 § 110 S. 307.

2) Die Quellen heben dies vorzugsweise bei Tierjungen hervor, § 19 J. de rer. div. 2, 1, l. 2, l. 6 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 2 D. de r. v. 6, 1, um zu konstatieren, daß das Tierjunge dem Eigentümer des Muttertieres gehört, nicht dem etwa verschiedenen Eigentümer des befruchtenden Tieres. Vgl. übrigens Czyhlarz a. a. O. S. 389.

3) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1 Julianus libro 7 Dig. . . . „fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur". So auch B.G.B. § 953.

4) l. 25 § 1 in fine D. de usuris 22, 1. Es ist anzunehmen, daß auch der Prekarist aus gleichem Grunde Eigentümer der Früchte mit deren Trennung wird.

5) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 cit., l. 13 D. qu. m. usufructus 7, 4 und die unten Anm. 7 abgedruckte l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1.

6) Streitig ist, ob der Nießbraucher Eigentümer an Tierjungen mit deren Geburt ohne Besitznahme wird. Man muß sich dafür entscheiden. l. 28 pr. D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Gajus schrieb, wie man aus dieser Stelle schließen darf, dem Nießbraucher Eigentum an den Früchten mit der Separation zu. Er wendete dies nur speziell auf die Tierjungen an. Seinem gesunden

eigen, wenn der Nießbraucher nicht im Besitze des Grundstückes ist, ja selbst dann, wenn sie ein Dritter vom Nießbrauchsgrundstücke wegstiehlt.[7]

4. Der Pächter gewinnt die Früchte gleichfalls durch Perzeption. Sein Recht auf die Früchte ist nur ein obligatorisches. Nach römischem Rechte war es daher durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigentümers bedingt[8] und hörte mit deren Zurücknahme auf, selbst wenn sie gegen den Mietkontrakt verstieß. Nach gemeinem Rechte hingegen ist eine derartige Zurücknahme ohne rechtliche Bedeutung.[9] Denn derzeit hat der Verpächter, wie später darzulegen ist, nicht mehr das Recht beliebiger Exmission des Pächters.

5. Die Früchte fallen endlich dem redlichen Besitzer des fruchttragenden Grundstückes zu,[10] nicht minder solchen Inhabern desselben, welche sich redlich für Nutzungsberechtigte halten.[11]

---

praktischen Sinne widerstrebte die gekünstelte Lehre Julians, wonach der Nießbraucher die Früchte erst durch Perzeption zu Eigentum erwarb. In der justinianischen Kompilation aber ist infolge der Annahme der Doktrin Julians im allgemeinen, was Gajus als prinzipielles Recht dachte, zu einem Sonderrecht für Tierjunge geworden. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 422 ff. und dort Angeführte. Übrigens behaupten wir nicht, wie Czyhlarz meint, daß Julian die Perzeptionstheorie erfand, sondern nur, daß er sie zur Geltung brachte. Nach B.G.B. § 954 erwirbt der Nießbraucher die Früchte mit deren Trennung.

7) l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Julianus libro 35 digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur. magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea ut interim fierent proprietarii mox apprehensi fructuarii efficientur . . . verum est enim condictionem competere proprietario. Ulpian benutzt also die Fassung des Einwandes des Marcellus, um denselben zu schlagen. Czyhlarz a. a. O. 438 Anm. 77.

8) l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2, l. 4 § 1 D. de r. cr. 12, 1. Czyhlarz a. a. O. S. 459. Abweichend Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 439. Nach B.G.B. § 956 erwirbt der Pächter die Früchte mit deren Trennung.

9) Vgl. auch B.G.B. § 956 Abs. 1 S. 2.

10) Es bestehen drei Hauptansichten: a) Nach der einen wird der gutgläubige Besitzer Eigentümer der Früchte. Dies war seit der Zeit der Glossatoren gemeine Meinung. Sie verteidigten in der neueren Zeit u. a. Backe, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit Berol. 1825; Bangerow Bd. 1 § 326 Anm. 2 Ziff. 2; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 281; Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 154; Czyhlarz a. a. O. S. 469 ff.; Petražycki, Fruchtverteilung 1892 Abh. 2 S. 88. b) Savigny, Besitz § 22a S. 276 stellte die These auf: der gutgläubige Besitzer der Sache erhalte an den Früchten nur gutgläubigen Besitz. Ihm stehe daher nur die Usukapion von 3 Jahren offen. Die Grundlage dieser Ansicht war, daß die Früchte nichts als abgesonderte Teile der fruchttragenden Sache bildeten, auf welche deren Rechtsstellung übergehe. Daß diese Basis unhaltbar ist, darüber vgl. oben § 78 Anm. 19. Den Versuch, die These Savignys zu beweisen, machten Windscheid in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 4 n. 3 — vgl. auch Pand. Bd. 1 § 186 Anm. 12 — und Göppert, organische Erzeugnisse, in ausführlicher Darstellung. Göppert geht nicht historisch zu Werke, sondert auch die Ansichten der römischen Juristen nicht gehörig,

a) Der gutgläubige Besitzer wird unmittelbar mit der Trennung der Früchte deren Eigentümer. Insoweit hat er bezüglich der Fruchtgewinnung dieselbe Stellung wie ein Sacheigentümer.[12] —

Schon im Altertum hat man nach dem Grunde dieses Fruchterwerbs gefragt. Man antwortete, der gutgläubige Besitzer erwerbe die Früchte, weil er die Sache in Kultur und Obhut hat. Es ist der Fruchterwerb der Spezifikation ähnlich. Wie bei dieser handelt es sich um ein neu entstehendes Produkt, welches nach Billigkeit eher demjenigen zukommt, welcher es erarbeitet, als dem Stoffeigentümer. Zweckmäßigerweise unterschied man jedoch nicht, ob es sich um Kulturfrüchte oder um wild wachsende Früchte der im redlichen Besitz befindlichen Sache handelt, auch nicht ob der gutgläubige Besitzer die Früchte selbst bestellte oder ein Dritter.[13]

---

und Stellen, die seiner Auffassung widersprechen, würdigt er nicht ausreichend. Daher hat er die Lehre wenig gefördert. c) Eine dritte Ansicht geht dahin, daß der bonae fidei possessor „interimistisches Eigentum" erhalte. Dies sucht namentlich Koeppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor 1872 zu begründen, doch ohne Erfolg. Vgl. Woldeck im Archiv für ziv. Praxis Bd. 57 n. 15, siehe freilich auch Huschke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 15. Eine Zusammenstellung der Literatur gibt Petražycki a. a. O. S. 133 ff.

11) Vgl. l. 54 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, Petražycki, Fruchtverteilung S. 106.

12) Ebenso B.G.B. § 955. — Sabinus erkannte das Eigentumsrecht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten noch nicht an, wie seine Schule auch bei der Spezifikation streng an dem Satze hielt „meum est, quod ex re mea fit". Anders die spätere klassische Jurisprudenz. So dürfte sich der auffallende Widerspruch in l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2, Ulpianus libro 42 ad Sabinum erklären. Ancilla si subripiatur . . . concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit, idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu! Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. Es ist anzunehmen, daß der Vordersatz einen Ausspruch des Sabinus, der Schlußsatz die ihn rektifizierende Note Ulpians enthält. Anders Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 420.

13) § 35 J. de rer. div. 2, 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Viele neuere Schriftsteller behaupten, dieser Passus sei von den Kompilatoren Justinians verfertigt. So u. a. Göppert a. a. O. S. 332, welcher „ungeschicktes Einschiebsel", „ärmlichen Schluß", „doktrinäres Mißverständnis" annimmt. Diese Verfertigung durch die Kompilatoren ist aber höchst unwahrscheinlich, vgl. auch Petražycki S. 150. Denn sie haben sich durchweg, soweit es sich nicht um das Konstitutionenrecht handelt, mit der Aufnahme von Bruchstücken alter Juristen begnügt. Auch hatten sie als Gesetzgeber nicht nötig, auf die naturalis ratio und materielle Gründe des Fruchterwerbes zurückzugehen, wenn sie hierüber neue Anordnungen treffen wollten. Der Stil weist auf Gajus als Verfasser hin. Daß die cultura und cura des gutgläubigen Besitzers als Grund seines Eigentumserwerbes an den Früchten bei den klassischen Juristen eine Rolle spielte, ergibt l. 45 D. de usuris 22, 1, wo Pomponius, welcher übrigens nach Julian schrieb, zwischen fructus industriales und naturales unterscheiden will, und l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Bonae fidei emtor non dubie

Guter Glaube genügt zum Fruchterwerb. Ein Titel des Besitzerwerbes ist nicht erforderlich.[14] Aber die Früchte fallen dem Besitzer auch nur solange zu, als derselbe in gutem Glauben ist.[15]

b) Ungeachtet seines Eigentums an den Früchten hat der redliche Besitzer die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm noch vorhandenen Naturalfrüchte dem Eigentümer des Grundstücks mit demselben herauszugeben, wenn dieser dasselbe vindiziert.[16]

Dafür sprachen wirtschaftliche Erwägungen. Durfte der Besitzer dem Eigentümer dessen Gut entblößt von den vorhandenen Früchten herausgeben, wo nähme derselbe Brot und Fleisch zur Erhaltung des Gutspersonals, Flachs zu dessen Bekleidung, Heu, Stroh und Hafer zur Erhaltung des Viehstandes, Dünger und Saat zur Bestellung der Acker her? In Rom, wo die Güter selbst gewöhnlich allen ihren Bedarf aufbrachten, mußte dies doppelt in das Gewicht fallen. Die Lage des Eigentümers wäre eine traurige gewesen, die Kultur des Gutes hätte auf den tiefsten Stand sinken müssen.[17] Daß der Besitzer mehr von

---

percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Offenbar machte man wie bei der Spezifikation von der einen Seite den Gesichtspunkt des fremden Stoffes und von der anderen denjenigen der Arbeit zunächst geltend. Man hat aber schließlich das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers auch in Fällen anerkannt, in welchen die Früchte nicht durch dessen Tätigkeit entstanden waren. Hiernach zu scheiden, wäre in der Tat kaum praktisch gewesen. Der Rechtssatz geht daher weiter als sein ursprüngliches Motiv. In l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 insbesondere stellt Julianus libro 7 digestorum fest, daß der gutgläubige Besitzer auch Eigentümer der Früchte werde, wenn sie ein Dritter gesäet habe — also trotzdem sie nicht durch seine Tätigkeit erzeugt sind — und fährt fort: in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. Vgl. Africanus libro 7 quaestionum l. 40 D. de a. r. d. 41, 1. Folgerungen aus dem Eigentum des b. f. emtor an den Früchten zieht l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3, vgl. Petražycki a. a. O. S. 90. Pernice, Labeo, Bd. 2 2. A. S. 356 ff. hält an der Annahme von Interpolationen fest.

14) l. 48 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Vgl. oben § 194. Siehe übrigens Karlowa a. a. O. Bd. 2 S. 422.

15) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Paulus. Anderer Ansicht war Julian in l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1.

16) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus: Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos. Kannten bereits die Pandektenjuristen die Restitutionspflicht des gutgläubigen Sachbesitzers bezüglich vorhandener Naturalfrüchte? Vgl. hierüber einerseits Czyhlarz a. a. O., andererseits Petražycki a. a. O. S. 146.

17) Die Auffindung und Entwicklung dieses Gedankens ist das Verdienst von Petražycki a. a. O. S. 146, gegen ihn Pernice, Labeo, Bd. 2 2. Aufl. S. 363 A. 3.

Naturalfrüchten behält, als zur Fortsetzung der Wirtschaft erforderlich ist, wird selten sein. Deshalb hatte der Besitzer die vorhandenen Früchte als causa rei mit der vindizierten Sache herauszugeben; sie gehörten eben wirtschaftlich zu derselben.

Dagegen besteht eine selbständige Klage wegen solcher Früchte nicht. Auch sind vor der Klageerhebung verzehrte und veräußerte Früchte[18] nicht zu ersetzen.

Für Verwendungen kann sich der Besitzer aus den Früchten vorweg bezahlt machen.[19]

c) Die beiden Seiten des Verhältnisses faßt zusammen das Schlagwort: bona fide possessor fructus consumtos suos facit. Es ist mehr volkstümlich als juristisch korrekt.

d) Daß der Besitzer ferner die nach der Klageerhebung von ihm gewonnenen und gewinnbaren Früchte zu erstatten hat, entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen des Prozeßbeginns.[20]

IV. Die Fälle der Accession.

§ 206. Der Schatzerwerb.[1]

1. Schatz — thesaurus — ist eine in einem Grundstücke aufgefundene daselbst längere Zeit verborgen gewesene Wertsache, deren Eigentümer nicht mehr ermittelbar ist.[2] Nach altrömischer Auffassung war der Schatz Accession des Grundeigentums.[3] Eine Verordnung Hadrians traf indessen eine billige Vermittelung.[4] Ihr zufolge gehört der Schatz

18) Anders Windscheid Bd. 1 § 186 Anm. 16, dagegen Petražycki S. 111. — Herausgabe von Zivilfrüchten kann nicht gefordert werden. Petražycki a. a. O. S. 150.

19) l. 48, l. 65 D. de rei vind. 6, 1. Petražycki S. 114.

20) Siehe oben § 154.

1) Gimmerthal im Archiv für ziv. Praxis Bd. 51 n. 4, André, d. L. v. Schatz, Berl. Inauguraldissert. 1884, Czyhlarz a. a. O. S. 207, Pampaloni, il concetto giuridico del tesoro in per l'VIII centenario della U. di Bologna studi giuridici e storici 1888 S. 101.

2) l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit. Gewöhnlich handelt es sich um Dinge, die seit alters verborgen sind; notwendig ist dies nicht.

3) Vgl. Plautus Trinummus 1 2 v. 104 ff. Insbesondere ergibt sich die Zugehörigkeit des Schatzes zum Grundeigentum nach republikanischem Rechte aus l. 3 § 3 D. de a. vel a. p. 41, 2 . . . Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Vgl. l. 2 § 39 D. de or. juris 1, 2.

4) § 39 J. de rer. div. 2, 1, l. 1 § 3 C. de thesauris 10, 15. So auch B.G.B. § 984, vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 117 S. 342.

zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Grundeigentümer. Er fällt aber dem Grundeigentümer ganz anheim, wenn der Finder absichtlich auf dessen Boden nach Schätzen suchte.

2. Die herrschende Ansicht behandelt den Schatzerwerb als Unterart der Okkupation. Man hat hieraus gefolgert, daß der Finder durch Besitznahme Eigentümer des ganzen Schatzes werde und nur obligatorisch zur Abgabe der Hälfte an den Grundherrn verpflichtet sei.[5] Dies Ergebnis entspricht aber weder der historischen Entwicklung noch dem Tatbestand des römischen Schatzrechtes.

Hiernach wird vielmehr der Grundeigentümer unmittelbar Eigentümer seines Anteils am entdeckten Schatz durch Accession.[6] Der Finder begeht also eine Unterschlagung, wenn er sich dolos den Schatz ganz aneignet, während er straflos bleiben müßte, wenn er nur zur Abgabe des Anteils des Grundeigentümers persönlich verbunden wäre.

Auch der Finder erwirbt seinen Anteil nicht durch Okkupation, sondern von Rechts wegen. Er verdient denselben, weil er den Schatz der menschlichen Gesellschaft zurückgab. Es genügt, daß er dies durch seine Entdeckung bewirkte, und es schadet ihm nichts, wenn ihm andere zuvorkommen und den Schatz für sich in Besitz nehmen.[7]

3. Geisterbeschwörung beim Suchen des Schatzes, in Rom strafbar,[8] ist es derzeit nicht mehr. Der Fiskus hat daher auf den unter „Zauberkünsten" gefundenen Schatz kein Recht. Denn dies könnte nur Folge der Strafbarkeit sein. Als selbständige Norm ist es nirgends bestimmt.[9]

4. In Mobilien verborgene Schätze sind analog zu behandeln.[10 11]

---

5) Diese Konsequenz hat Puchta gezogen. Hiergegen spricht § 39 J. h. t. dimidium domino soli concessit. . . . si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse, ferner l. 63 D. de a. r. d. 41, 1 und l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 dimidiam partem fisco vindicari, vgl. Dernburg, krit. Zeitschr. Bd 1 S. 148. Czyhlarz a. a. O. — Arndts § 154, Windscheid Bd. 1 § 184, Brinz Bd. 1 § 148 stellen den Schatzerwerb noch immer unter die Okkupation.

6) Der gutgläubige Besitzer des Grundstückes, desgleichen der Emphyteuta und Superfiziar haben auf die Eigentumshälfte kein Recht. Czyhlarz a. a. O. S. 235.

7) § 39 J. cit. „dimidium inventoris esse", l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 „fit ejus, qui invenerit", l. 63 § 1 D. eod. „inventori cedit". Dernburg, krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 148, dagegen Brinz Bd. 1 S. 572. Vgl. namentlich Czyhlarz a. a. O. S. 229, Seuff. Arch. Bd. 51 n. 9 (R.G.).

8) l. 1 § 1 C. de thesauris 10, 15.

9) Anderer Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 217.

10) Dies ist herrschende Ansicht, siehe Wilhelm Sell, Versuche I. 3, Windscheid Bd. 1 § 184 Anm. 11, Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt n. F. Bd. 18 S. 356. Dagegen Böcking, Institt. § 150 Anm. 31, vgl. l. 67 D. de rei vind. 6, 1. Auch B.G.B. § 984 unterscheidet nicht.

11) Nach § 39 J. de rer. div. 2, 1 gebührt der im locus sacer oder religiosus zufällig gefundene Schatz dem Finder ganz, nach l. 3 § 10 D. de jure fisci 49. 14 aber fällt die Hälfte des im locus religiosus Gefundenen an den Fiskus. Die Auf-

5. Wer verlorene Sachen, welche nicht verborgen lagen, bemerkt und an sich nimmt — Fund —, ist negotiorum gestor. Als solcher hat er Anspruch auf Ersatz der im Interesse des Verlierers gemachten Auslagen, nicht aber auf Finderlohn.[12] Das Eigentum fällt ihm nicht an, wenn sich auch der Verlierer lange Zeit nicht meldet. Deutsche Partikularrechte stellten den Finder meist günstiger.[13] So auch das B.G.B.[14]

§ 207. Erwerb nach Uferrecht.

1. Die Grenzen der Grundstücke an öffentlichen[1] Flüssen sind schwankende, da das Bett fließender Gewässer steten Veränderungen ausgesetzt ist. Was der Fluß dauernd überströmt und zu seinem Bette macht, wird zur öffentlichen Sache. Soweit er dagegen sein bisheriges Bett verläßt, fällt der Boden in das Eigentum der Ufernachbarn.[2 3]

2. Das Flußbett reicht nach römischem Rechte soweit wie der höchste,[4] nach deutschem Rechte soweit wie der mittlere Wasserstand.[5]

3. Der Ufernachbar erwirbt:

a) Alluvionen, d. h. allmähliche Anschwemmungen, sie vergrößern die Ufergrundstücke,[6] dies gilt auch für Zuwüchse, die sich nicht längs derselben ansetzen, sondern sich als Zungen in den Fluß hinein erstrecken.

b) Avulsionen, d. h. durch den Fluß abgerissene Erdstücke, sie treten dem Grundstücke, dem sie angetrieben werden, hinzu, wenn sie sich mit ihm fest, insbesondere durch eine Pflanzendecke, verbinden.[7]

---

nahme der letzteren Stelle beruht wohl auf Versehen. Nach heutigem Rechte, in welchem das Eigentum derartiger Orte der Kirche oder der Gemeinde zusteht, haben diese das Recht auf die Hälfte als Eigentümer. Anders Czyhlarz a. a. O. S. 246.

12) Vgl. l. 43 §§ 8 und 9 D. de furtis 47, 2.

13) Nach Partikularrechten erhält der Finder, wenn der Eigentümer nicht zu ermitteln ist, das Eigentum des Fundes, ferner, wenn er die Sache dem Eigentümer zurückgibt, Finderlohn. Delbrück in Iherings Jahrb. Bd. 3 n. 1 sieht hierin gemeines Recht.

14) B.G.B. §§ 965 ff., vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 116 S. 333 ff.

1) Nur um öffentliche Flüsse handelt es sich zunächst. Vgl. aber unten Anm. 14 und oben § 73.

2) l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 73 Anm. 4.

3) Dies gilt nach römischem Rechte nicht für die agri limitati, l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §§ 6, 7 D. de fluminibus 43, 12. Vgl. oben § 74 Anm. 3 und 4.

4) l. 1 § 5, l. 3 § 1 D. de fluminibus 43, 12, l. 112 D. de V. S. 50, 16, vgl. § 3 J. de rer. div. 2, 1.

5) R.G. Bd. 2 S. 316. Man wird im Zweifel in dieser Hinsicht deutsches Recht anzuwenden haben.

6) § 20 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 C. de adluvionibus 7, 41.

7) § 21 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Über die Ab-

c) Das verlassene Flußbett wird Eigentum der Ufernachbarn.[8]

d) Nicht minder gehört die Flußinsel[9] den Ufernachbarn.[10]

Und zwar wächst jeder Teil des verlassenen Flußbetts, wie jeder Teil der Flußinsel bei seiner Entstehung dem nächstbelegenen Uferlande zu. An den Punkten, welche gleich weit von den einzelnen Ufergrundstücken entfernt sind, bilden sich Grenzen.

Nach der gewöhnlichen Lehre wird dagegen der Anteil der Ufernachbarn an der Insel einerseits durch eine inmitten des Flusses gezogene Linie und andererseits durch Linien bestimmt, welche von den Grenzpunkten der einzelnen Ufergrundstücke senkrecht auf jene Mittellinie fallen. Dies ist nur zutreffend für Inseln, welche in einem Strome entstehen, der zwischen parallelen Ufern gerade dahinfließt. Für andere Fälle, insbesondere für Inseln in Buchten der Flüsse, ist hiermit kein Teilungsprinzip gegeben.[11]

---

handlungen von Landucci und Pampaloni bezüglich der avulsio im archivio giuridico von Serafini vol. XXXI p. 157, p. 424, p. 498, vol. XXXII p. 167, vgl. Schneider in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift n. F. Bd. 8 S. 60 ff. — Der Ausdruck avulsio ist dem corpus juris fremd.

8) § 23 J. de rer. div. 2, 1, l. 30 § 1. l. 56 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Aus l. 24 D. q. m. usufr. 7. 4 geht hervor, daß Labeo eine andere Ansicht hatte; hierauf hat mich Victor v. Juschkiewitsch aufmerksam gemacht. Brugi, Archivio giuridico Bd. 42 S. 303.

9) Über den Inselerwerb vgl. namentlich Henrici in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 2, Bd. 15 n. 7, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 403 ff., ferner Zitndorfer in der Zeitschrift der Savignystiftung romanistische Abt. Bd 4 S. 233, endlich die beachtenswerte Rostocker Inauguraldissertation: Spiegelberg, Eigentumserwerb an Flußinseln, 1886.

10) § 22 J. de rer. div. 2. 1, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, l. 29, l. 30 pr. § 2, l. 65 §§ 1 ff. D. eod., l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Labeo war der Ansicht, daß nach der Rechtskonsequenz die im öffentlichen Flusse entstehende Insel dem Volke zugehöre, l. 65 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 Pithanon. Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque quae in flumine publico nata est. publica esse debet. Hierin lag nicht „eine rein theoretische Bemerkung" — wie Pernice, Labeo Bd. 1 S. 274 annimmt, — sondern der Widerspruch gegen eine ihm unrichtig erscheinende Praxis, von dem ein bedeutender in der Praxis angesehener Jurist wie Labeo Erfolg erwarten konnte. Den Ausspruch von Labeo in Übereinstimmung mit den Äußerungen der anderen Pandektenjuristen zu bringen, ist ein ebenso oft angestelltes, wie aussichtsloses Unternehmen. Vgl. noch Ubbelohde a. a. O. S. 379.

11) Nach wiederholter Prüfung schließe ich mich den Ausführungen von Henrici in Iherings Jahrbüchern a. a. O. an. Das maßgebende Prinzip stellt Celsus auf, wenn er entscheidet „cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit", l. 30 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Hiernach erklärt Pomponius in der l. 30 cit. § 2 „insula fit ejus, cujus ager propior fuerit cum primum exstitit", vgl. l. 56 pr. D. eod., l. 65 § 2 und 3 eod. — Gajus libro 2 rerum cottidianarum, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 führt allerdings aus: in flumine nata — quod frequenter accidit — si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit,

Ufergrundstücke auf Inseln haben dasselbe Recht wie die des Festlandes.[12]

4. Die Flußaccessionen fallen den Ufernachbarn von Rechts wegen zu; einer Besitznahme bedarf es nicht. Die Alluvionen und Avulsionen gelten als Teile der Ufergrundstücke, die sie vergrößern; das verlassene Flußbett und die Flußinsel dagegen bilden neue selbständige Grundstücke.[13 14 15]

§ 208. Inkorporation in Grundstücke.

Werden einem Grundstück Gebäude und gebäudeähnliche Anlagen, welche nicht bloß vorübergehenden Bedürfnissen dienen, eingebaut, verwachsen ferner mit ihm Pflanzen durch Einwurzeln, so werden sie Bestandteile des Grundstücks und fallen dem Grundeigentümer zu — superficies solo cedit.[1]

Es macht hiernach keinen Unterschied, ob die Einverleibung durch den Grundeigentümer oder durch einen Dritten, ob sie absichtlich oder zufällig geschah. Das Einverleibte fällt dem Grundeigentümer selbst dann zu, wenn er es entwendet hatte. Im übrigen ist zwischen Einbauen und Einwurzeln zu unterscheiden:

1. Der Eigentümer verliert an verbauten Materialien

---

eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Hierauf stützt sich die herrschende Lehre nicht ohne Schein. Indessen liegt hierin nichts als eine Ausführung des Prinzipes in dem einfachsten Falle. In anderen Fällen führt dasselbe zu anderen Konsequenzen. Gegen Henrici hat sich Preußer in Seufferts Archiv Bd. 26 n. 221 und Windscheid Bd. 1 § 185 Anm. 1 erklärt, Henrici ist Ubbelohde a. a. O. und wenigstens grundsätzlich Zitelmann a. a. O. beigetreten.

12) l. 65 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere, sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere . . . quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Vgl. l. 3 § 2 D. de aqua 43, 20, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 436.

14) Die ausgeführten Grundsätze finden auch auf Privatflüsse Anwendung, wenn nicht etwas anderes aus den besonderen Eigentumsverhältnissen an denselben im gegebenen Falle folgt. Auf Landseen sind sie nicht anzuwenden, l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

15) Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 65 überläßt den Erwerb nach Uferrecht der Landesgesetzgebung.

1) Gaj. Inst. II § 73, l. 44 § 1 in fine D. de obl. et act. 44, 7, l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3, l. 2 D. de superficiebus 43, 18. Zaun im Archiv für ziv. Praxis Bd. 43 n. 10 und n. 13. Unsere früheren Auflagen gaben dem Satze eine viel weitere Tragweite, dagegen aber Biermann in Iherings Jahrb. Bd. 34 Nr. 4, dem wir jetzt folgen. Bestandteile des Grundstücks werden auch Dachziegel, die nur durch Auflegen mit dem Dach verbunden werden, l. 8 D. quod vi aut clam 43, 24. Auch B.G.B. § 946 hat das Prinzip: superficies solo cedit, jedoch mit weitgehenden Modifikationen, vgl. B.G.B. § 94 Satz 1. Bürg. R. Bd. 3 § 107 S. 301.

sein Eigentum nicht endgültig,[2] es sei denn, daß er dasselbe freiwillig aufgab oder Ersatz für dasselbe erhielt.

Sein Eigentum *ruht* nur und wacht mit der Trennung des Verbauten von dem Grundstück wieder auf.[3] Es gilt dies selbst in dem Falle, daß der unredliche Besitzer eines fremden Grundstückes seine Materialien in dasselbe zu seinen Zwecken verbaute.[4]

Aber die Trennung des Verbauten kann in der Regel nicht erzwungen werden, da sie eine wirtschaftlich schädliche Wertzerstörung in sich schlösse.[5] Einen Ersatz hierfür bot in Rom die actio de tigno juncto, vermöge deren der Eigentümer verbauten Materials Ersatz seines doppelten Wertes von dem Grundeigentümer fordern konnte, welcher es ohne seine Zustimmung verwendet hatte.[6] Heutzutage ist er auf Ersatz seines Interesses beschränkt.[7]

---

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit: nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Dies Wiederaufwachen des Eigentums entspricht, wie Göppert, einheitliche Sachen S. 91 mit Recht bemerkt, „einem stark entwickelten Respekt vor dem Eigentume, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeigt".

3) Man spricht zutreffend von „ruhendem Eigentum", Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 13. Dagegen Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 50. Schon die Römer haben sich die Erscheinung in verschiedener Weise zurechtgelegt, vgl. z. B. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 59 D. de rei vind. 6, 1. Das gleiche ist bei den Neueren der Fall. Siehe die bei Windscheid a. a. O. Zitierten, insbesondere Demelius, Exhibition S. 100, sowie A. Schmidt, Ztschr. d. Savignystiftung r. Abt. Bd. 11 S. 125, Hölder Pand. S. 377, Pernice, Labeo, Bd. 2 2 A. S. 317 Anm. 4.

4) So l. 2 C. de rei vind. 3. 32. Gajus dagegen entscheidet sich für den definitiven Eigentumsverlust aus dem unzutreffenden Grunde „si scit alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiae intellegitur", l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1. im § 30 J. de rer. div. 2, 1 wiederholt. Bei dem Widerspruche der Quellen wird man sich der Argumentation von Gajus nicht anschließen. Dies ist auch die Meinung Windscheids Bd. 1 § 188 Anm. 21. Über die Vereinigungsversuche siehe dort.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, § 29 J. de rer. div. 2. 1. Schon die 12 Tafeln hatten dies für „Gebäude" und für „Weinbergspfähle" bestimmt, l. 1 pr. D. de tigno juncto 47, 3. Czyhlarz, z. L. v. tignum junctum in d. Ztschrift f. Privat- und öffentliches Recht Bd. 21 n. 2.

6) Tit. Dig. de tigno juncto 47, 3. Huschke ad leg. XII tab. de tigno juncto 1837. Ursprünglich bezog sich die Klage auf „gestohlenes" Baumaterial, l. 1, l. 2 D. h. t. 47, 3. Aber man dehnte sie auf fremdes Baumaterial aus, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 6 D. ad exhibendum 10, 4; nur da greift sie nicht ein, wo die Verbindung mit Einwilligung des Eigentümers geschah, l. 63 D. de don. i. v. et u. 24. 1. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 16, Lenel edictum S. 265, dagegen Vangerow Bd. 1 § 300, Pernice Labeo Bd. 2 2. A. S. 318, Czyhlarz a. a. O. S. 95.

7) Wer in gutem Glauben verbaute, ist nur auf Höhe der Bereicherung verhaftet.

Wer jedoch als Besitzer oder als Pächter auf einem fremden Grundstück Bauten errichtet, kann das Verbaute wegnehmen, wenn der Eigentümer bei der Rückforderung des Grundstücks zum Ersatz der Verwendung nicht bereit ist — jus tollendi.[8]

2. Pflanzen, welche in einem fremden Grundstücke Wurzel geschlagen haben, gehen dem bisherigen Eigentümer für immer verloren. Er kann sie auch im Falle späterer Trennung nicht in Anspruch nehmen.[9]

§ 209. Inkorporation in Mobilien.

Werden Mobilien, ohne daß eine Verarbeitung und damit Spezifikation erfolgt, zu einem technischen oder künstlerischen Ganzen verbunden, so zieht die Hauptsache die Nebensache nach sich. Dem Eigentümer der Hauptsache gehört daher das Ganze.[1] Als Hauptsache gilt, was die physische Grundlage der Gesamtsache bildet.[2] Demnach folgt der Färbestoff der Wolle,[3] die Schiffsplanke dem Kiel,[4] der Edelstein dem fassenden Golde,[5] ja selbst die Schrift dem Papier.[6]

Zu unterscheiden ist aber bloße Zusammenfügung und Unifizierung. Bloße Zusammenfügung liegt vor, wenn die Nebensache ihre Selbständigkeit in der Verbindung behält; bei der Unifizierung geht die eine Sache in der anderen auf und bildet nur noch ein Glied und einen Teil derselben. Im Falle bloßer Zusammenfügung kann der bisherige Eigentümer der Nebensache deren Trennung fordern; sein Eigentum hat nach der Trennung die alte Kraft. Im Falle der Unifizierung

8) Siehe unten § 227 Anm. 12. l. 19 § 4 D. locati 19, 2, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 50.

9) l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum, arbor ... ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam; vgl. l. 9 § 2 D. de damno infecto 39, 2 verb.: „nec arbor". Die Verpflichtung des bösgläubigen Erwerbers des Baumes zum Ersatze des Interesses, des gutgläubigen zur Erstattung der Bereicherung ist selbstverständlich. Die römischen Juristen gaben zu diesem Behufe eine utilis rei vindicatio auf den Baum, wenn die Leistung nicht erfolgte, l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Vgl. übrigens Wächter, Pand. Bd. 2 § 133 Beil. IV.

1) Ebenso B.G.B. § 947 Abs. 2. Ist keine Sache die Hauptsache, so tritt Miteigentum nach Verhältnis des Wertes der verbundenen Sachen ein, § 947 Abs. 1. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 107 S. 301.

2) Dernburg, kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 154.

3) Dieser Satz geht auf Servius Sulpicius zurück. l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

4) l. 61 D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4.

6) Schon den Römern freilich erschien dies paradox. Sie wiederholen es daher oft und mit Nachdruck, l. 9 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 und § 33 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 14 D. ad exhibendum 10, 4.

dagegen kann eine Trennung nicht beansprucht werden und das besondere Eigentum an der Nebensache geht schlechthin unter, so daß es nach etwaiger Trennung nicht wieder auflebt.[7]

Gemälde stehen unter einem Sonderrecht. Das auf fremder Tafel gemalte Bild fällt nämlich nicht dem Eigentümer der Tafel anheim, wie dies der Regel entspräche. Das Ganze wird vielmehr Eigentum des Malers, vorausgesetzt, daß er redlich war.[8] Dies ist auf alle graphischen Kunstwerke, z. B. Kupferstiche, auszudehnen.[9]

Wer durch Inkorporation ohne materiellen Rechtsgrund fremden Stoff gewann, hat dessen früherem Eigentümer Schadensersatz zu leisten, jedoch nur bis zum Betrage seiner Bereicherung, wenn ihn bei der Einverleibung keine Schuld trifft.

---

7) Die Unterscheidung macht in besonderer Anwendung auf Statuen, l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum unter Berufung auf Cassius: dicit enim, si statuae suae *ferruminatione* junctum bracchium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idem in eo, quod *adplumbatum sit*, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Göppert: über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare 1869, wie auch in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 241 ff. Göpperts Ausführungen dürften nach *Mitteilungen von Conze* nur teilweise richtig sein. Göppert hat darin Recht, daß ferruminare allerlei Arten von Löten, Kitten, Kleben bezeichnet, bei denen das Bindemittel, wenn auch nur *für das Auge*, sich mit dem Material der zu verbindenden Stücke so assimiliert, daß es etwas Einheitliches herzustellen scheint; dagegen ist es unrichtig, wenn Göppert S. 17 ff., S. 36 ff., unter adplumbare ein Verbinden durch *bleierne Nägel, Stifte, Klammern* versteht. Zu diesem Dienst eignet sich Blei seiner Natur nach nicht und wird dazu weder in alter noch neuer Zeit regelmäßig gebraucht. Adplumbare ist vielmehr das Festgießen mit Blei. Dasselbe galt um deswillen als etwas vom ferruminare Verschiedenes, weil sich das Blei für das Auge nicht mit dem Material der zu verbindenden Teile assimiliert, und auch in der Tat nur eine losere Verbindung darstellt. Als höchst wahrscheinlich ist anzusehen, daß in der l. 23 § 5 cit. nur an Statuen aus Metall, nicht aus Marmor gedacht ist, da die Metallstatuen im Altertume die vornehmsten und wertvollsten waren, zudem ein Arm aus Marmor einen besonderen Wert nicht gehabt hätte. Demgemäß unterscheiden Cassius und Paulus bei Metallwerken zwei Arten von Verbindung: die *festere* durch ferruminare stellt eine *Einheit* für die Anschauung und im Rechtssinne her, so daß im Falle künftiger Trennung das ursprüngliche Eigentum am Teile nicht wieder auflebt; die *losere* durch Bleiguß — adplumbare — bewirkt eine bloße *Zusammenfügung*, sie hebt das Eigentum an dem hinzugefügten Teile nicht für immer auf. Vor Göppert verstand man unter ferruminatio Anschweißen, d. h. Verbindung durch das gleiche Metall, unter adplumbare Anlöten, d. h. Verbindung durch verschiedenes Metall. Man beachtete hierbei die Technik nicht, welche solches Anschweißen nicht kennt. Vgl. freilich Windscheid Bd. 1 § 189 Anm. 1, Czyhlarz, zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, Wiener Festschr. f. Unger 1897.

8) So Gajus l. 9 § 2 D. d. a. r. d. 41, 1 und namentlich Justinian in § 34 J. de rer. div. 2, 1; anderer Ansicht war Paulus l. 23 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Der Eigentümer der Tafel hat eine utilis rei vindicatio gegen den Maler, sofern dieser nicht den Wert der Tafel ersetzt.

9) Madai im Archiv für ziv. Praxis Bd. 26 n. 8 II. B.G.B. § 950 nimmt in diesen und ähnlichen Fällen Spezifikation an. Vgl. oben § 204 Anm. 5.

§ 210. Konfusion und Kommixtion.

1. Konfusion ist die Vereinigung von Objekten verschiedener Eigentümer zu einer Masse. Sie kann durch Zusammengießen von Flüssigkeiten oder durch Auflösen eines festen Körpers in einer Flüssigkeit oder durch Zusammenschmelzen von Metallstücken gleicher oder verschiedener Art erfolgen.

Geschah die Konfusion infolge Vertrages, so entscheidet dieser über die Eigentumsberechtigung. Wurde sie einseitig veranstaltet, so kann sie eine *Spezifikation* bilden. Sonst aber treten bei einseitiger oder zufälliger Konfusion folgende Grundsätze ein:

a) Ist *Aussonderung* praktisch tunlich — d. h. ohne unverhältnismäßige Kosten —, so ändert sich am Eigentumsrechte nichts. Jeder Beteiligte kann die Sonderung, wenn er im Besitze ist, vornehmen, und wenn er nicht im Besitze ist, fordern. Die Kosten hat der betreibende Teil zu tragen, wenn nicht dem anderen Teil eine Schuld zur Last fällt.

b) Wenn die Aussonderung praktisch nicht tunlich ist, so *erlangen die Eigentümer der konfundierten Stoffe im Verhältnisse des Wertes derselben Miteigentum an der Masse nach ideellen Teilen.*[1][2]

2. *Vermengung von trockenen Körpern* verschiedener Eigentümer unbeschadet ihrer körperlichen Integrität, z. B. Zusammenschütten von Getreidemassen, pflegt man *Kommixtion* zu nennen.[3] Geschieht sie infolge Vertrages, so ist dieser maßgebend. In anderen Fällen ist zu unterscheiden:

a) Die Ausscheidung ist tunlich. Dann kann sie der Besitzer vornehmen, der Nichtbesitzer betreiben.

b) Die Ausscheidung ist nicht tunlich. Dann hat jeder Teil *Eigentum an der Quantität, welche dem Betrag des Zuschusses von seiner Seite entspricht.* Er kann sie als Besitzer absondern, als Nichtbesitzer vindizieren. Miteigentum tritt nicht ein.[4][5]

---

1) Vgl. § 27 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Bechmann, Accession S. 33, Ascoli della confusione e commistione Roma 1887.

2) So auch B.G.B. § 948, ohne zwischen Vermischung und Vermengung zu unterscheiden. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 108 S. 303.

3) Die *Quellen* sprechen von confusio und commixtio ohne Unterschied sowohl bei der Vereinigung von Flüssigkeiten als beim Zusammenschütten von Körpern.

4) § 28 J. de rer. div. 2, 1, l. 5 pr. D. de rei vind. 6, 1. Bechmann, Accession S. 28. Bei Gegenständen verschiedenen Wertes wird nicht bloß Quantität, sondern auch Qualität des Zugeschossenen zu beachten sein.

5) Dahin gehört auch das sog. „Sammel- oder Vermengungsdepot", wenn ein

Anders bei Geld. Seine Bestimmung als allgemeines Umlaufsmittel fordert möglichste Beschränkung der Vindikation. Darum entschied man sich dafür, daß Geld, welches in fremden Besitz gerät und mit dem des Besitzers ununterscheidbar vermischt ist, — als konsumiert — dessen Eigentum wird.[6] [7]

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 211. Die Tradition.[1]

1. Nach justinianischem Rechte ist die Tradition allgemeine und notwendige Form der freiwilligen Veräußerung körperlicher Sachen.[2] [3]

Bankier für verschiedene Deponenten Inhaberpapiere gleicher Art zusammen, ohne Sonderung des dem einzelnen Gehörenden verwahrt. Jeder Deponent hat dann Eigentum an einer Anzahl von „Stücken", also einer Quantität: dem Bankier gehören die Papiere nicht.

6) l. 78 D. de solut. 46, 3. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt: si mixti essent ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est. Selbstverständlich ist der hierdurch Bereicherte zum Ersatze seiner Bereicherung, und wenn er sich wissentlich das fremde Geld aneignete, zum Ersatze des Interesses verbunden.

7) So auch R.G. Bd. 24 S. 315. Die Auffassungen sind übrigens sehr geteilt. Besondere Abhandlungen sind von J. Comte, Erwerb des Eigentums an Geldstücken, Berl. Inauguraldiss. 1887, Hohenemser, Konsumtion d. Geldes, Marb. Inauguraldiss. 1892, Niemeyer, Eigentumserwerb an Geld durch Vermischung, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 42 n. 2, dort siehe weitere Literatur. Niemeyer leugnet jede besondere rechtliche Behandlung des Geldes im Falle seiner Vermischung. Vgl. noch die — nicht unbedenkliche — Entsch. R.G. in Straff. Bd. 26 S. 43.

1) Exner, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht 1867. Kohler, gesammelte Abhandl. S. 1 ff. — B.G.B. §§ 929 ff. „Übertragung".

2) l. 20 C. de pactis 2, 3. Diocletianus et Maximianus. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, l. 50 pr. D. de rei vind. 6, 1. Callistratus libro 2 edicti monitorii. Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Die Tradition ist Form der Übereignung; vgl. oben § 97, Windscheid Bd. 1 § 171, Exner a. a. O. § 1. Dagegen erklären sich Brinz Bd. 1 § 150 S. 588, Bekker, Recht des Besitzes S. 86. Man wendet ein, daß die Tradition ein realer Vorgang sei. Aber auch reale Vorgänge können die Form einer Willenserklärung bilden. — Scheinbar bildet eine Ausnahme l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2. Gajus libro 32 ad edictum. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Doch die Juristen unterstellen beim Beginne einer allgemeinen Sozietät ein constitutum possessorium, l. 2 D. eod. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Übrigens sind die Meinungen geteilt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2 und dort Zitierte. Eine positive Ausnahme schuf Justinian in der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen. Indem er ihnen das Privilegium 100jähriger Verjährung in Fällen von letztwilligen Zuwendungen, Käufen und Schenkungen — vgl. oben § 147 Anm. 2 — gewährt, teilt er ihnen, mit verschwenderischer Hand fromme Privi-

Hierin liegt ein gesunder Gedanke. Denn das Normale ist, daß der Eigentümer auch den Besitz hat. Wo sich die Übereignung ohne Besitzübergabe vollzieht, ist von vornherein ein Gegensatz zwischen dem rechtlichen und dem tatsächlichen Haben gegeben, welcher den Keim schwerer Verwicklungen in sich trägt.

Die Besitzübergabe gewährt dem Eigentumsübergange in der Regel auch Offenkundigkeit, welche bei einem Verhältnisse von Wichtigkeit ist, das gegen Dritte wirkt. Aber freilich gibt es Formen der Besitzübertragung, welche den Wechsel des Besitzes und des Eigentumes äußerlich nicht manifestieren, wie namentlich das constitutum possessorium und die traditio brevi manu.[4]

2. In höherem Maße als durch die Tradition wird die Öffentlichkeit des Eigentumes an Grundstücken daher dadurch verwirklicht, daß man die freiwillige Veräußerung an eine Erklärung der Übereignung beim Richter der belegenen Sache — Auflassung — und an die sich anschließende Eintragung des Erwerbers im Grundbuche knüpft. Dies ist im Anschlusse an älteres deutsches Recht und viele Partikularrechte[5] die Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.[6] Damit erhält das Grundeigentum größtmögliche Publizität zum Vorteile des

---

legien gebend, auch zu, daß sie non solum personales actiones sed etiam in rem et hypothecariam in allen diesen Fällen wie bei den Legaten haben, also infolge des Kaufes und der Schenkung Eigentümer sein sollten. Im Sinne Justinians ist es sicherlich nicht, dies zweite Privilegium durch gezwungene Interpretation zu eliminieren, vgl. über die Frage Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2, Brunner, Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abt. Bd. 4 S. 142. Aber eine andere Frage ist, ob ein derartiger willkürlicher, den Verkehr verwirrender Bruch ins System von der neueren deutschen Praxis festgehalten ist. Dies müssen wir verneinen: vgl. Biermann traditio ficta 1891 S. 24. — Eine Ausnahme von der Notwendigkeit der Tradition macht bei Seeschiffen H.G.B. § 474.

3) Nach älterem römischen Rechte geschah die Veräußerung von res mancipii durch mancipatio oder in jure cessio ohne Besitzübertragung, vgl. oben § 97. Spuren dieses Rechtszustandes sind in der justinianischen Kompilation häufig. Es gehört dahin l. 16 D. de fundo dotali 23, 5. Eine Frau übereignet ihrem Manne einen fundus, welchen ein Dritter im Ersitzungsbesitze hat; hieran knüpft sich die Untersuchung des Juristen Tryphoninus. Mit dem Traditionssystem ist der Fall unvereinbar. Vergeblich suchten die Glossatoren mit emsigem Fleiße nach einer Lösung — vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 109. — Ohne Salz ist die Erörterung, wenn man, wie dies heutzutage oft geschieht, das „dare fundum in dotem" mit „Cession der Vindikation auf das Grundstück" wiedergibt. Die Kompilatoren schrieben eben gedankenlos ab, was in ihre Kompilation nicht paßte.

4) Siehe oben § 181.

5) So das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke.

6) Vgl. §§ 873, 925. Nach Einf.Ges. Art. 189 gilt aber das bisherige Recht „bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist"; ferner nach Art. 127 für nicht eingetragene Grundstücke, welche der Eintragungspflicht nach der Grundbuchordnung weder in der Hand des Veräußerers noch des Erwerbers unterstehen.

Verkehres und allgemeiner Interessen. Aber Konflikte zwischen dem sog. Bucheigentümer und dem Besitzer sind die häufige und unvermeidliche Folge dieses Systemes.

3. Gemeinrechtlich ist die Tradition die allgemeine Form der Übereignung für Immobilien, wie für Mobilien. Sie verlangt:

a) Legitimation des Tradenten zur Übereignung,

b) Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers in Betreff des Überganges der Sachherrschaft,

c) Besitzübertragung.

§ 212. Legitimation des Tradenten.

1. Nur der Eigentümer kann Eigentum übertragen. Dies ist Fundamentalgrundsatz. Wem ein Nichteigentümer tradiert, der wird nicht Eigentümer.[1] Er erlangt höchstens Ersitzungsbesitz, falls er in gutem Glauben ist.

2. Das deutsche Recht macht hiervon gewisse Ausnahmen zu Gunsten gutgläubiger Erwerber. Dem deutschen Recht folgt das Bürgerliche Gesetzbuch.[2] Hiernach wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben ist. Eine Ausnahme machen gestohlene, verlorene oder dem Eigentümer sonst abhanden gekommene Sachen. Doch bewendet es bei der Regel, wenn es sich um Geld, Inhaberpapiere oder um Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Nach deutscher Rechtsauffassung fällt die Sicherung des Erwerbes und das Interesse des Verkehres mehr in das Gewicht als die Rücksicht auf die Unantastbarkeit des erworbenen Eigentumes.

3. An Stelle des Eigentümers können Bevollmächtigte nach Maßgabe ihrer Vollmacht veräußern.[3] Im Falle der Handlungsunfähigkeit des Eigentümers handeln seine gesetzlichen Vertreter an seiner Statt.[4] Ist der Eigentümer zur Übertragung des Eigentums verurteilt, so gilt

---

1) l. 20 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 81 Anm. 3, l. 54 D. de R. J. 50, 17; nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, l. 64 § 4 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de donat. 8, 53.

2) Vgl. B.G.B. §§ 932 ff., Bürg. R. Bd. 3 § 103 S. 288.

3) l. 9 § 4 D. de a r. d. 41, 1, § 42 J. de rer. div. 2, 1, vgl. l. 25 D. de donat. 39, 5. Über Sklaven und Hauskinder siehe l. 41 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

4) l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Veräußerungen des Gemeinschuldners bezüglich der zur Konkursmasse gehörigen Objekte nach der Konkurseröffnung sind gegenüber den Konkursgläubigern nichtig, Dritten gegenüber gültig, K.O. § 7. So lange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, sind die Veräußerungen des Schuldners gültig, sie können aber anfechtbar sein. K.O. §§ 29 ff.

die Übergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.[5]

4. Aus eigenem Rechte übertragen Eigentum an fremder Sache:

a) Pfandgläubiger infolge des Pfandrechtes,[6]

b) der Fiskus, der Regent und die Regentin infolge ausdrücklichen Privilegs. Der hierdurch Enteignete hat gegen den Veräußerer nur einen Entschädigungsanspruch, welcher binnen 4 Jahren verjährt.[7]

§ 213. Übereignungswille.

1. Die Übereignung durch Tradition erfordert den Willen des Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen — den beiderseitigen Übereignungswillen.[1]

Ursprünglich galt den Römern das Geschäft der Tradition als ein einseitiges, welches auf dem Willen des Tradenten beruhe. Die spätere Jurisprudenz erkannte, daß der zusammenstimmende Wille der Beteiligten erforderlich sei, daß es sich also um einen — dinglichen — Vertrag handele.[2] Freilich hat dieser Vertrag stets seine eigene Art behalten.[3]

---

5) C.P.O. § 897.

6) Vgl. § 1 J. quibus alienare licet vel non 2, 8, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 84, Bd. 2 S. 199. B.G.B. § 1242.

7) l. 2, l. 3 C. de quadriennii praescr. 7, 37, § 14 J. de usuc. 2, 6. Auch die Pfandrechte erlöschen durch den Verkauf seitens des Fiskus. Dieser ist daher den Pfandgläubigern zur Entschädigung verpflichtet. — Ihering in seinen Jahrbüch. Bd. 10 S. 266 Anm. 19 beschränkt das Privileg auf den unwissentlichen Verkauf der fremden Sache durch den Fiskus. Dem B.G.B. ist es fremd.

1) Wenn wir vom Übereignungswillen reden, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Wille notwendig auf die Übertragung des Eigentumes gehen muß, daß also der animus transferendi et accipiendi dominii schlechthin Voraussetzung der Tradition sei. Der Erwerber muß nur die Absicht haben, möglichst unumschränkt die Sache zu beherrschen, und der Veräußerer sie in diesem Sinne übertragen. Eigentümer wird daher auch, wer glaubt, das gekaufte Haus stehe im superfiziarischen Rechte des Veräußerers, und dies Recht zu erwerben gedachte, falls nur der Veräußerer in der Tat Eigentümer des Hauses ist. Der Käufer ferner erwirbt Eigentum auch, wenn er irrtümlich glaubt, der Tradent habe kein Recht an der verkauften Sache. Siehe oben § 194 Anm. 2. Vgl. übrigens Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 173.

2) Vielfach wird in den Quellen das Gewicht auf die voluntas domini volentis rem suam transferri gelegt, vgl. z. B. § 40 J. de rer. div. 2, 1. Daher sieht namentlich Schloßmann, Vertrag S. 94, in der Tradition ein auf dem einseitigen Willen des Tradenten beruhendes Geschäft, und Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 109 stimmt dem im wesentlichen zu. Aber Javolenus libro 12 epistularum l. 55 D. de obl. et a. 44, 7 sieht in der Tradition einen Vertrag. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. Es ist klar,

So ist Tradition an unbestimmte Personen zulässig, z. B. Auswerfen von Münzen oder Auslegen von Schriften, so daß jeder ein Exemplar entnehmen kann.[4]

2. Der Übereignungswille des Tradenten muß sich auf einen Grund — causa — stützen. Denn wer sein Vermögen durch Rechtsakte vermindert, muß vernünftigerweise hierbei ein Ziel im Auge haben, welches den Grund solchen Handelns bildet.[5]

Es gibt Gründe, welche regelmäßig eine Übereignung im Gefolge haben, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer Schuld. Solche Gründe bilden die regelmäßigen Erkennungszeichen der Übereignungsabsicht. Denn diese Absicht wird bei der Tradition fast nie besonders erklärt. Sie ist vorzugsweise aus dem Inhalt des zu Grunde liegenden Geschäfts zu erschließen.

Die Übereignungsabsicht kann auch bei der Vollziehung von typischen Geschäften vorhanden sein, welche regelmäßig eine Übertragung nicht im Gefolge haben. Es wird z. B. vereinbarterweise Eigentum zum Zwecke der Verpfändung — pignoris causa — fiduziarisch übertragen,[6] oder man macht den Verwalter oder Verwahrer zum Eigentümer der anvertrauten Sache, um ihm nach außen hin die volle Legitimation eines Eigentümers zu geben.[7] In derartigen Fällen muß die Absicht der Übereignung besonders erklärt sein, weil das Geschäft an sich nicht auf sie hinweist.

3. Streitfrage ist, ob der Eigentumsübergang durch Tradition davon abhängt, daß deren Grund, z. B. der sie verursachende Kauf, gültig ist, oder ob der Übereignungswille der Beteiligten genügt, auch wenn sein Grund ein unzureichender oder bloß vermeinter war, mit anderen

---

daß hier nicht vom Konsens bei dem zu Grunde liegenden Geschäfte, sondern bei der Tradition, welche dasselbe verwirklicht, die Rede ist. Auf demselben Standpunkte steht Julian l. 36, l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, vgl. ferner l. 10 D. de don. 39, 5. Mit Recht fassen daher Savigny Bd. 3 S. 312 und Exner a. a. O. die Tradition als Vertrag auf.

3) Dies verkennt Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 n. 2.

4) § 46 J. de rer. div. 2, 1. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, vgl. aber l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7. Tradition liegt in derartigen Fällen vor, wenn die Absicht vorzugsweise darauf geht, die Sache anderen zuzuwenden, Dereliktion, wenn man in erster Linie bezweckt, die Sache los zu werden. So Exner, Tradition S. 12 und 53; bei Czyhlarz a. a. O. S. 106 siehe die Literatur über die Frage.

5) Vgl. oben § 95. Ulpiani fragm. XIX. 7, l. 31 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua alia justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

6) Siehe freilich die oben § 31 Anm. 13 Zitierten.

7) R.G. Bd. 2 S. 168. Vgl. Gaj. Inst. II § 60.

Worten, ob der Grund der Tradition objektive Realität haben muß, oder ob die bloß subjektive Meinung, daß ein solcher bestehe, ausreicht. Die Anhänger der letzteren Ansicht pflegen die Tradition als abstrakten dinglichen Vertrag zu bezeichnen.[8]

Das Richtige ist, daß die Tradition zwar einen abstrakten Charakter haben kann, aber keineswegs immer hat. Es bestehen hierüber mit Rücksicht auf die Zwecke und Bedürfnisse des Verkehrs bezüglich der verschiedenen Geschäfte im Zweifel eintretende Vermutungen.

Die Tradition gilt in der Regel dann als abstrakt, wenn sie zur Erfüllung eines Geschäftes geschieht, das in der Vergangenheit liegt oder als ihr zugehörend unterstellt wird. Hat man daher irrtümlich eine vermeinte Schuld erfüllt, so ist keine Vindikation begründet, die sich auch gegen dritte Erwerber richten würde, sondern eine Kondiktion, mit welcher nur der Empfänger in Anspruch zu nehmen ist.

Dagegen ist im Zweifel anzunehmen, daß dann, wenn die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Geschäftes erfolgte, die Übereignung nur für den Fall des gültigen Zustandekommens des Geschäftes beabsichtigt ist. Denn sie geschieht hier nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung nur unter dieser stillschweigenden Bedingung.[9] [10] [11]

---

8) Die Literatur der Streitfrage bis zum Jahre 1873 stellt zusammen Hofmann, die L. v. titulus und modus acquirendi S. 46ff. Der älteren Ansicht, welche grundsätzlich eine rechtsbeständige causa forderte, traten namentlich Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 § 78, Puchta, Institutionen Bd. 2 § 241 Anm. d, Strempel, über die justa causa bei der Tradition 1856 gegenüber. Vgl. aber Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 334, auch R.G. in Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 6.

9) Die Hauptstellen sind l. 36 D. de a. r. d. 41, 1. Julianus libro 13 digestorum. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus, sowie Ulpianus libro 7 disputationum l. 18 D. de rebus creditis 12, 1. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Die l. 36 ist wahrscheinlich interpoliert und handelte zunächst von der mancipatio, Lenel, Ztschrft. d Savignystiftung rom. Abt. Bd. 3 S. 178. Jedenfalls aber wird man aus dem Vordersatz der l. 36 mit Rücksicht auf die nachher in ihr angeführten Fälle nur herauszulesen haben, daß es Fälle gibt, in welchen sich die Übereignung trotz Dissenses der Parteien über deren causa vollzieht: die l. 18 tritt bezüglich des einen dieser Fälle in einen Gegensatz zu Julian, nämlich dann, wenn der Trabent schenken, der Empfänger ein Darlehn nehmen will. Dabei ist zu unterstellen ausgesprochener Dissens der Beiden; vgl. Dernburg, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 40 n. 1. Die Ansicht des Julian verdient den Vorzug. Der Schenker will in der Tat endgültig veräußern, und der Empfänger will unbedingt erwerben, auch wenn er erklärt, das Gegebene bloß als Darlehen behalten zu wollen. Strohal a. a. O. Anders Randa, Eigentumsrecht S. 298, Kohler im Archiv f. bürg. R. Bd. 18 S. 119.

4. Kein Übergang des Eigentums tritt ferner ein, wenn die Tradition die Verwirklichung eines gesetzlich verbotenen und deswegen nichtigen Geschäftes bezweckt, z. B. einer Schenkung unter Ehegatten, oder auch einer nicht insinuierten großen Schenkung.

§ 214. Die Besitzübergabe.

1. Die Übereignung vollendet sich durch die Besitzübergabe.

Die Veräußerung läßt sich also nur vollziehen, wenn der Veräußerer entweder die Sache selbst besitzt oder den dritten Besitzer zu deren Tradition bestimmen kann. Ist dies nicht der Fall, so bleibt dem Veräußerer nur übrig, seine Klagen, insbesondere die Vindikation, zu zedieren. Kommt der Zessionar infolge dieser Abtretung in den Besitz der Sache, so steht dies der Tradition gleich.[1]

2. Im Falle der Sendung der veräußerten Sache an einen Abwesenden durch eine Mittelsperson fragt es sich, ob Besitz und Eigentum mit der Absendung oder erst mit der Aushändigung an den Adressaten auf diesen übergehen. Ist die Mittelsperson Stellvertreter des Adressaten, so genügt die Aushändigung des Gutes an den Vermittler; ist sie dies nicht, so ist die Einhändigung an den Adressaten erforderlich.[2][3] Das letztere ist namentlich der Fall, wenn die Ware der Post, Eisenbahn oder anderen gewerbsmäßigen Frachtführern zur Beförderung übergeben ist. Denn solche Frachtführer erhalten ihren Auftrag vom Absender und sind daher dessen Vertreter.[4] Auch der Käufer ist in solchen Fällen nicht Eigentümer während des Transportes, obgleich er dessen Gefahr trägt.[5]

---

10) Vgl. unten Bd. 2 § 108, l. 3 § 10, l. 5 § 18, l. 36 pr. D. de donat. i. v. et u. 24, 1, l. 34 § 1 C. de donat. 8, 53.

11) B.G.B. § 929 bestimmt: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehe.“ Dies ist mit den Grundsätzen unseres Textes nicht unvereinbar. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 100 S. 280.

1) Vgl. § 225 Anm. 1 und 2.

2) l. 65 pr. D. de a. r. d. 41. 1. Labeo libro 6 pithanon a Paulo epitomatorum. Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit, Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient. idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras. Vgl. l. 14 § 17 D. de furtis 47. 2.

3) Diese Übergabe kann auch durch Konnossemente oder Ladescheine geschehen, siehe oben § 178 Anm. 12.

4) Anders moderne Gesetzgebungen, namentlich das preuß. Landrecht I, 11 §§ 128 ff., code de commerce art. 100, österreich. B.G.B. § 429.

5) Vgl. unten Bd. 2 § 96.

3. Betrachten wir das Übereignungsgeschäft im ganzen, so erscheint es in der Regel als ein zusammengesetztes. Es beginnt mit dem Kaufe oder einem anderen Veräußerungsgeschäft und vollendet sich mit der Tradition.

Der Kauf begründet für sich allein nur eine persönliche Forderung des Käufers gegen den Verkäufer auf Tradition der Kaufsache. Der Verkäufer ist daher noch Eigentümer der Kaufsache. Dennoch aber bildet der Verkauf zweifelsohne die erste Stufe des Veräußerungsgeschäftes.[6]

Es heben sich hiernach in vielen Fällen der freiwilligen Veräußerung der Titel — Kauf oder anderes Geschäft — und die Form oder der Modus der Veräußerung — die Tradition — voneinander ab. Die ältere Theorie suchte diese Unterscheidung zu verallgemeinern und bei jeder Art des Eigentumserwerbes durchzuführen. Wo es an einem vorbereitenden Geschäfte fehlte, bezeichnete man das Gesetz als den Titel des Erwerbes, z. B. bei der Okkupation.[7] Dies war verfehlt. Das Gesetz ist die unentbehrliche Vorbedingung jedes Eigentumserwerbes. Es ist unrichtig, das Gesetz als Titel mit Kauf, Tausch, Schenkung auf eine Linie zu stellen. Seit Ende des achtzehnten Jahrhunderts hat man daher diese Verallgemeinerung aufgegeben.[8]

§ 215. Bedingte Tradition.

1. Die tatsächliche Übergabe der Sache ist zwar notwendig etwas Unbedingtes. Als Übereignungsakt nimmt aber die Tradition Bedingungen jeder Art auf.

In der Regel wohnen die Bedingungen des zu Grunde liegenden Geschäftes auch der Tradition inne, welche dasselbe verwirklichen soll. Notwendig ist dies aber nicht. Es kann vielmehr auf Grund eines bedingten Geschäftes auch eine unbedingte Tradition geschehen, um dem Empfänger sofort freie Verfügung über die Sache zu geben. Dann hat der Trabent im Falle der Vereitelung der Bedingung des Geschäftes nur eine persönliche Klage auf Rückerstattung.

Es kann ferner das Geschäft, welches der Tradition zu Grunde liegt, unbedingt, die Tradition bedingt sein. Namentlich im

6) Hierauf beruht l. 2 D. pro emptore 41, 4.

7) Die Dogmengeschichte dieser Theorien stellt Hofmann, die Lehre vom titulus und modus adquirendi dar. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius S. 102.

8) Vorzugsweise haben Hugo im ziv. Magazin Bd. 4 n. 6 und Thibaut, Versuche Bd. 1 n. 11 die alte Lehre mit Erfolg bekämpft.

Falle des Kaufes ist nicht selten die Übereignung durch die vorgängige Regulierung der Preiszahlung bedingt.

2. Im Rom galt seit alters der Satz, daß die Wirksamkeit der Tradition auf Grund eines Kaufes dadurch bedingt sei, daß der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert worden.[1] [2] Damit war der Verkäufer wegen der Kaufgelder bestens gesichert. Der Käufer erhielt durch die Tradition juristischen Besitz und selbst die actio Publiciana,[3] aber Eigentümer blieb der Verkäufer. Er konnte die Kaufsache daher im Falle des Konkurses des Käufers noch vindizieren. Der Käufer, welcher die ihm tradierte Sache vor der Preisregulierung veräußerte oder sonst verbrachte, beging ein furtum.

Ist dies gemeines Recht? Man lehrt dies zwar herkömmlicherweise. Aber der praktischen Anwendung ist ein solcher Satz fremd. Niemand wird wegen Unterschlagung angeklagt oder verurteilt, wenn er die gekaufte, ihm vom Verkäufer in das Haus gesendete Ware vor der Regulierung des Preises weiter verkauft oder verzehrt. Denn er war Eigentümer. Der heutige Verkehr sieht in der Übergabe der gekauften Ware regelrecht die Kreditierung der Ware, deren unbedingte Übereignung.

Es können jedoch die Umstände des Falles ergeben, daß die Tradition nach dem Willen des Tradenten durch die Zahlung des Preises bedingt sein soll.[4] So gilt beim Marktverkehr die dem

---

1) § 41 J. de rer. div. 2, 1 . . . venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satis fecerit veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici, sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri, l. 19, l. 53 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 18 D. de tributoria actione 14, 4. l. 38 § 2 D. de liberali causa 40, 12, l. 20 D. de precario 43. 26, l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Exner, Tradition Beilage 2 S. 338 ff.; F. Hofmann, über das periculum beim Kaufe Beilage II S. 169 ff. u. Beiträge z. Gesch. des griech. u. röm. Rechts n. III; Ad. Nissen, die kaufrechtl. Tradition 1869.

2) Was ist der Grund des Satzes? Nach Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19a „natürliche Billigkeit", nach anderen „Naturgesetz", „Naturnotwendigkeit". In Wahrheit handelt es sich um eine römische Verkehrsgewohnheit. Der Römer gibt sein Eigentum vor der Regulierung des Preises nicht auf; der Wille des Verkäufers, erst nach derselben das Eigentum zu übertragen, wird präsumiert. Eigentum geht aber über, wenn der Tradent die Zahlung oder Stundung irrtümlicherweise als geschehen unterstellt, z. B. weil falsches Geld gezahlt war. Denn dann war unbedingter Übereignungswille vorhanden. Hält man die objektive Realität der causa nicht schlechthin für erforderlich, so kann man solche folgerecht auch nicht bezüglich der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises fordern. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1, 1. Aufl. § 81 Anm. 23, dagegen Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19a.

3) l. 8 D. de Publiciana in rem actione 6, 2.

4) Der römische Satz hat also im gemeinen Recht unter Umständen Anwendbarkeit; eine allgemeine Anwendbarkeit wie in Rom hat er nicht. So ist es

Käufer eingehändigte Ware nur als übereignet für den Fall der Zahlung Zug um Zug; ebenso ist es in Läden, in denen sofortige Zahlung an der Kasse erwartet wird, und beim Geldwechseln, wenn Geld in der Erwartung sofortigen Herausgebens übergeben ist.[5] [6]

3. Nicht selten ist der besondere *Vorbehalt des Eigentumes* bis zur Zahlung des Preises[7] — pactum reservati dominii. Er findet sich auch neben Kreditierung des Preises. Viel Streit ist darüber, ob er eine *aufschiebende* oder *auflösende* Bedingung in sich schließt. Dem Worte nach deutet der Vorbehalt des Eigentums auf eine aufschiebende Bedingung. In diesem Sinne wird er auch im Verkehre regelrecht bei Geschäften über Mobilien aufgefaßt, z. B. beim Verkauf von Nähmaschinen und deren Tradition unter Vorbehalt des Eigentumes bis zur vollen Preiszahlung.[8] Verkauft also der Käufer die Maschine vorher, so begeht er eine Unterschlagung.[9] Nach dem Gebrauch zahlreicher Landschaften ist aber der Vorbehalt im *Grundstücksverkehr* als Resolutivbedingung aufzufassen. Zuweilen sieht man in ihm nur eine Hypothekenbestellung.[10]

§ 216. Die exceptio rei venditae et traditae.[1]

I. In mehreren Fällen überträgt die Tradition zwar nach strengem Rechte Eigentum nicht, hat aber gleichwohl nach Billigkeit im wesentlichen den praktischen Erfolg der Eigentumsübertragung.

---

auch nach B.G.B. Die Regel des modernen Verkehres ist eine andere geworden als in Rom, und diese Regel ist maßgebend, da es sich um Auslegung der Parteiabsicht bei der Tradition handelt. Hierüber darf uns nicht täuschen, daß man allgemein die römische Regel als geltendes Recht lehrt und in praktischen Entscheidungen allgemein als solches zitiert. Denn man wendet sie *im römischen Sinne* in der Praxis nicht an und kann dies auch nicht tun. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 1. Auflage S. 842 Anm. 19.

5) R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 289.

6) B.G.B. spricht sich über die Frage nicht aus. Das hier Gelehrte bleibt anwendbar. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 100 S. 280.

7) Über das pactum reservati dominii vgl. Dunker im rheinischen Museum Bd. 5 n. 4 und 7, Thorsch, das pactum reservati dominii 1875, Wendt, Reurecht Bd. 2 S. 25 ff., Leist, Sicherung von Forderungen S. 44 ff., 52 ff.

8) So auch B.G.B. § 455.

9) R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 114.

10) Nicht richtig ist es, wenn manche, z. B. Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 18a, in dem Vorbehalt „im Zweifel" eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung sehen, weil es dem wahren Willen der Parteien nicht gemäß sei, daß der Käufer bis zur Zahlung des Preises kein Verfügungsrecht über die Sache habe. Häufig ist dies aber gerade die Absicht bei der Tradition unter dem Vorbehalt.

1) Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3. Leonhard: die exceptio r. v. et tr. ein lebensfähiges Institut? in Iherings Jahrbüchern Bd. 17

Dies wird durch die exceptio und replicatio rei venditae et traditae vermittelt.[2] Der Veräußerer gilt in diesen Fällen trotz der Tradition formell als Eigentümer und behält die Vindikation. Aber der Erwerber und seine Rechtsnachfolger haben materiell die Stellung des Eigentümers, denn sie können, solange sie im Besitze sind, die Vindikation des Veräußerers sowie seiner Rechtsnachfolger durch die exceptio rei venditae et traditae zurückweisen, und sie sind im stande, wenn etwa der Besitz an den Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger zurückgelangt, gegen sie die actio Publiciana mit Erfolg durchzuführen, indem sie die ihnen entgegengestellte exceptio dominii durch replicatio rei venditae et traditae aus dem Felde schlagen.[3]

II. Die Fälle der exceptio rei venditae et traditae ordnen sich zwei Hauptkategorien unter. Bald knüpft sie sich nämlich *unmittelbar* an den Akt der Tradition oder gleichgestellte Ereignisse, bald tritt sie erst infolge *späterer Umstände* ein.

1. In folgenden Fällen ersetzt sie unmittelbar die gehörige Tradition:

a) Der Käufer kommt zwar ohne Tradition seitens des Verkäufers, aber *mit dessen Willen in den Besitz*.[4]

b) *Ein Nichteigentümer* übergibt eine fremde Sache als eigene, aber infolge des *Auftrages des Eigentümers* oder unter dessen

---

n. 6. Dort sind S. 184 Anm. 2 Dissertationen zitiert. Vgl. auch Vangerow Bd. 1 § 334 Ziff. 3.

2) Über die Formel der exceptio siehe oben § 193 Anm. 6. Häufig wendete man exceptio doli an. H. Krüger, z. L. v. d. exc. doli I S. 47. Die Einrede steht wie dem Käufer so auch Erwerbern auf Grund anderer Titel, z. B. einer Schenkung, zu.

3) l. 4 § 32 D. de doli mali exceptione 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundum fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et, si ipse eum possideret et Publiciani peteres, adversus excipientem „si non suus esset“ replicatione utereris: ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. So auch l. 2 D. h. t. 21, 3. Übrigens sprach Julian gewiß von einer Manzipation an den Maevius. Die Kompilatoren setzten Tradition an die Stelle. Danach setzt der Fall mehrfachen Wechsel des Besitzes voraus, wie er nur unter ganz besonderen Umständen vorkommt.

4) l. 1 § 5 D. h. t. 21, 3. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem *sine vitio* fuerit nactus habet exceptionem. Der Käufer kauft z. B. eine Sache dem nicht besitzenden Eigentümer ab und verlangt sie auf Grund der Zession der Vindikation vom Besitzer. Unrichtig ist es, an Fälle zu denken, in welchen der Käufer den Besitz *ohne den Willen* des Verkäufers erhielt. Vgl. l. 5 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Paulus libro 63 ad edictum . . . si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. Siehe ferner die bei Leonhard a. a. O. S. 187 Anm. 4 zitierten Stellen.

Gewährleistung.[5] Diese wird namentlich darin gesehen, daß er dem Käufer wegen Eviktion Bürgschaft leistet.[6]

c) Überträgt der Eigentümer seine Sache im Glauben, sie gehöre einem Dritten, so ist zu unterscheiden:

Hat er sich persönlich zur Übereignung verpflichtet, z. B. als Verkaufskommissionär, so steht ihm die exceptio rei venditae entgegen.[7] Ist er persönlich nicht verpflichtet und übereignet er unwissentlich die eigene Sache im Namen eines anderen, so bleibt sein Eigentumsrecht unberührt. Denn er handelt dann nur als Organ des Dritten, so daß er nicht den eigenen, sondern einen fremden Willen ausspricht.[8]

2. In folgenden Fällen konvalesziert die ursprünglich wirkungslose Tradition nachträglich mittels exceptio rei venditae et traditae:

a) Der Trabent veräußerte eine fremde Sache, wird aber später

---

5) l. 1 §§ 2 und 3 D. h. t. 21, 3. H. Krüger a. a. O. S. 48.

6) l. 11 C. de evict. 8, 44.

7) l. 49 D. mandati 17, 1. Marcellus libro 6 digestorum: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse. vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est: et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri. sed contra mandati agere posse. si quid ejus interfuisset. quia forte venditurus non fuerit. contra mandator si rem ab eo vindicare velit exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem. Zwei Fälle werden hier besprochen: a) Ich bin gutgläubiger Besitzer des Sklaven des Titius, Titius verkauft und trabiert seinen Sklaven als mein Mandatar, ohne sein Eigentum zu kennen. Hier geht zwar Eigentum nicht über, aber es steht dem Titius die exceptio rei venditae et traditae entgegen. b) Größere Schwierigkeiten macht der zweite Fall. Seit der Glosse — gl. dominium zu l. 1 § 1 D. officia proc. Caesaris 1, 19 — konstruierte man ihn derart, daß der Eigentümer Titius jemanden beerbe, welcher den Sklaven von einem Nichteigentümer gekauft und trabiert erhalten, und daß Titius, seines selbständigen Eigentumes unkundig, den Auftrag gab, den Sklaven, welchen er als einen ererbten ansah, zu verkaufen. Hieraus würde sich der Rechtssatz ergeben, daß Irrtum des Übertragenden über den Grund seines Eigentumes den Eigentumsübergang an sich hindere. Aber dieser Satz ist, wie Jhering mit Recht hervorhebt, unannehmbar. Jhering hat dagegen — Jahrbücher Bd. 1 S. 306 Anm. 35, Bd. 2 S. 176 ff. — folgende Erklärung gegeben. Der E. hat einen Sklaven in seinem Besitze verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem Titius gehört; ehe er ihn trabiert, stirbt der Käufer und wird von Titius beerbt. Titius gibt, sein Eigentum nicht kennend, statt sich den Sklaven abliefern zu lassen, dem E. den Auftrag, den Sklaven zu verkaufen. Hier geht Eigentum nicht über, weil E. die eigene Sache und nicht die des Titius zu verkaufen denkt. Aber dem Titius steht die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Verschiedene Erklärungsversuche stellt zusammen Landsberg, die Glosse des Accursius S. 124 Anm. 1. Vgl. H. Zeller, l. 49 D. mandati und nemo errans rem suam amittit, Götting. Diss. 1899.

8) l. 35 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 3.

Eigentümer derselben. Ein solcher Übereignungsakt war zwar nach strengem Rechte, weil ursprünglich ungültig, unwirksam. Aber Billigkeit verlangte die Konvaleszenz.[9]

b) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, er wird aber von deren Eigentümer beerbt. Auch hier konvaleszient die anfänglich ungültige Veräußerung, soweit der Erbe den Erblasser repräsentiert, durch exceptio rei venditae et traditae.[10]

Hat sich aber ein Nichteigentümer für den Fall der Eviktion der Kaufsache verbürgt, und wird er von dem Eigentümer dieser Sache beerbt, so konvaleszient die Veräußerung nicht.[11]

Wer durch exceptio und replicatio rei venditae et traditae geschützt war, galt in Rom zwar nicht als Eigentümer, aber er war es der Sache nach, sein Veräußerer hatte „nudum jus", den bloßen Namen des Eigentümers. Es war daher nicht allzu gewagt, im gemeinen Rechte da Eigentum anzunehmen, wo die Römer eine exceptio rei venditae et traditae eingreifen ließen.[12] Hierin lag nur eine vollständige Durchführung dessen, was das prätorische Recht der Römer angebahnt hat. Jedenfalls ist es so nach B.G.B. § 185.[13]

§ 217. Veräußerungsverbote.

Veräußerungsverbote sind gesetzliche, richterliche, vertragsmäßige oder testamentarische.

---

9) l. 1 pr. D. h. t. 21, 3, l. 2 D. eod.

10) l. 1 § 1 D. h. t. 21, 3, l. 73 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de r. v. 3, 32, l. 14 C. de evict. 8, 44. Wird der Eigentümer Teilerbe des Veräußerers, so konvaleszient das Eigentum zum entsprechenden Teile, l. 14 C. de rei vind. 3, 32. Wird er Benefizialerbe, so tritt die Konvaleszenz nur zu der Eigentumsquote ein, welche dem Werte des dem Erben nach Berichtigung der Erbschaftsschulden Verbliebenen entspricht; denn über den Betrag des Nachlasses hinaus hat der Benefizialerbe nichts aufzuopfern.

11) l. 31 C. de evict. 8, 44. Die traditionelle Regel: quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio ist also nicht durchaus zutreffend.

12) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 206. Die Quellen billigen die exceptio rei venditae et traditae nur dem Abkäufer und dessen Rechtsnachfolgern zu. Hieraus läßt sich schließen, daß der Veräußerer von Dritten, die nicht Rechtsnachfolger jenes Abkäufers waren, noch vindizieren durfte. Hierin kann man eine materielle Wirkung des ihm verbleibenden Eigentumes finden. Es ist indessen die Beziehung, welche der gegenwärtige Besitz begründet, eine gewichtigere als die, welche ein Eigentum herstellt, dessen sich der Eigentümer entäußerte, und es bleibt die Frage, ob man nicht doch dem Besitzer, wenn der Fall vorgekommen wäre, durch exceptio doli geholfen hätte. Jedenfalls hätte der Veräußerer, welcher eine derartige Vindikation durchgesetzt hätte, die Sache seinem Abkäufer oder dessen Rechtnachfolgern restituieren müssen. Jene denkbare Wirkung des dem Veräußerer zugeschriebenen Eigentumes ist hiernach problematisch und fruchtlos. Die Rechtslage wird also kaum geändert, wenn wir den Abkäufer als Eigentümer ansehen.

13) Bürg. R. Bd. 1 § 113.

1. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote spielten seit Augustus eine große Rolle.[1] Sie entsprachen den Anschauungen einer allmählich der Erstarrung verfallenden Gesellschaft und wurden im Laufe der Kaiserzeit immer mehr gesteigert. Allerdings wirken die meisten dieser Verbote nur temporär, sie können aber doch auf eine lange Reihe von Jahren hinaus auf dem Eigentume lasten und damit die Freiheit des Verkehres vollständig hemmen.

Gesetzliche Veräußerungsverbote betrafen unter anderem streitige Sachen,[2] Dotalgrundstücke, landwirtschaftliche Grundstücke der Minderjährigen, vermachte Gegenstände. Im gemeinen Rechte wurden sie zum Teil abgeschwächt, zum Teil beseitigt, wie dies bei den einschlagenden Lehren darzulegen ist.[3]

Die gesetzlichen Veräußerungsverbote machen Zuwiderhandlungen nichtig. Sie stehen also jeder Entäußerung entgegen, welche direkt auf dem Willen der Person beruht, gegen welche sich das Verbot richtet,[4] insbesondere der Tradition; aber sie hindern auch die Ersitzung Dritter, wenn ihr durch wissentliche und gewollte Zulassung dessen, gegen den das Verbot geht, Raum geschafft werden sollte.[5]

Sie schließen nicht bloß die Übertragung des Eigentums, sondern auch Bestellung von Hypotheken und von anderen dinglichen Rechten, selbst von Prädialservituten aus.[6]

---

1) Lauk, Veräußerungsverbot in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 1, Bachofen, ausgewählte Lehren 1848 n. 2—7, Fr. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote 1875.

2) Siehe oben § 155.

3) Siehe auch Bürg. R. Bd. 1 § 124.

4) l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Ulpianus libro 35 ad edictum: Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat, et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit. Nicht so allgemein B.G.B. § 134.

5) Viele Schriftsteller behaupten, die gesetzlichen Veräußerungsverbote schlössen die ordentliche Ersitzung schlechthin aus. So Vangerow Bd. 1 § 317 S. 591, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 14. Dies entspricht aber nicht dem Begriffe der Veräußerung, welche einen Willensakt des Eigentümers oder seines Vertreters fordert, und stimmt auch nicht mit den Quellen. Allerdings besagt l. 28 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum: Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Wenn aber der Vordersatz feststellt, daß Veräußerung auch in einer Ersitzung liegen kann, so zeigt der Nachsatz, daß dies nicht schlechthin der Fall ist. Aus l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 ergibt sich bestimmt, daß nicht jede Ersitzung durch ein Veräußerungsverbot betroffen wird. Die l. 12 § 4 D. de Publ. in rem actione 6, 2 gehört nicht hierher, bezieht sich vielmehr allein auf die actio Publiciana. Demnach erachtet Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 n. 7, Bd. 51 S. 253 nur die Ersitzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen. Schröder a. a. O. S. 5 teilt die hier vertretene Ansicht, daß bloß die gewollte Zulassung der Ersitzung als Veräußerung aufzufassen ist.

6) l. 3 § 5 D. de rebus eorum 27, 9, l. 7 C. de rebus alienis 4, 51.

Sie betreffen endlich nicht bloß den dinglichen Erfolg, sie machen auch das obligatorische Geschäft nichtig, welches denselben zum Ziele hatte, insbesondere den Verkauf,[7] da sie sonst ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlen würden.[8]

Das Veräußerungsverbot, welches gegenüber einem Miteigentümer in Wirksamkeit tritt, berührt die anderen Miteigentümer nicht; ebensowenig betrifft es bestehende Pfandrechte.[9]

2. Richterliche Veräußerungsverbote haben dieselbe Kraft wie gesetzliche.[10]

3. Verträge, welche die Nichtveräußerung einer Sache sowie Beschränkungen des Veräußerungsrechtes ausbedingen, entbehren der dinglichen Wirksamkeit.[11]

Im Falle der Verletzung hat der Stipulant daher nur eine persönliche Klage gegen den Promittenten auf sein Interesse an der Nichtveräußerung, falls er ein solches dartun kann. Der dritte Erwerber unterliegt der Klage auch dann nicht, wenn er den Vertragsbruch seines Autors kannte.

Der Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräußerung der Pfandsache zusagt, ist jedoch ausnahmsweise dinglich wirksam und macht die vertragswidrige Veräußerung nichtig.[12]

7) Schröder a. a. O. S. 14, S. 171, Kohler, Abhandlungen S. 222. Demgemäß kann auch der Veräußerer selbst das Veräußerte vindizieren, ohne daß ihm eine exceptio rei venditae et traditae entgegengestellt werden kann, Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 8 S. 183 ff. Doch ist die Frage bestritten; siehe die bei Windscheid Bd. 1 § 172[a] Anm. 2 Zitierten. Der gutgläubige Erwerber hat Anspruch auf Schadloshaltung, siehe unten Bd. 2 § 16 Anm. 13, W. Oehlschläger, Vindikation der gegen ein gesetzl. Veräußerungsverbot veräußerten Sache, Gött. Inaug.-Diss. 1892.

8) Die Veräußerung konvaleszient durch späteres Eintreten von Umständen, die ergeben, daß sie den Intentionen des Gesetzes, aus welchen das Verbot floß, nicht zuwiderläuft. l. 42 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 1 § 2 in fine D. de rebus eorum 27, 9.

10) l. 12 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 5 D. pro emptore 41. 4. vgl. l. 8 in fine D. de pollicit. 50. 12. C.P.O. § 938 Abs. 2, K.O. § 106. Ebenso B.G.B. § 136.

11) Ebenso B.G.B. § 137. — Ursprünglich behandelten die Römer Verträge über Nichtveräußerung als nichtig. l. 61 D. de pactis 2, 14. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Sie galten also als gegen das Wesen des Eigentumes verstoßend. Später räumte man dem Stipulanten eine Klage auf das Interesse ein. l. 21 § 5 D. de a. e. v. 19, 1, l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45, 1, l. 9 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Hat jemand eine Sache mit der Bestimmung verkauft, daß sie der Käufer nicht oder nur unter gewissen Beschränkungen weiter verkaufen dürfe, und hält der Käufer das Versprechen nicht, so kann der Verkäufer gegen ihn auf den Mehrbetrag des Kaufpreises klagen, den er selbst im Falle eines Verkaufes ohne die Auflage solcher Beschränkungen hätte erzielen können. Der Verkäufer kann sich besser durch Zufügung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Weiterveräußerung durch den Käufer schützen.

12) Vgl. oben § 9 Anm. 8. Nach B.G.B. § 1136 ist der Vertrag nichtig.

4. Testamentarische Veräußerungsverbote hatten nach älterem römischen Rechte keine Kraft. Dies änderte sich aber später.[18]

§ 218. Eigentumszuteilung durch Richterspruch.

1. Die Aufgabe des Richters im Streit um Eigentum ist, das bestehende Recht zu sichern und anzuerkennen, nicht aber, neues Recht zu schaffen.[1]

Doch kommt, wer im Eigentumsstreite gegenüber dem Eigentümer mit Unrecht rechtskräftig obsiegt, nahezu in die Stellung eines Eigentümers. Denn er kann die Sache nunmehr dem Besiegten und dessen Rechtsnachfolgern entwinden und, wenn er den Besitz einmal erlangt, später aber verloren hat, auch gegen Dritte publizianisch klagen.[2 3]

2. Es gibt aber auch Fälle, in welchen der Richter zur Neubegründung von Eigentum berufen ist.

a) Die Teilungsklagen ermächtigen ihn zur Zuteilung von Eigentum an die Streitenden. Solche Klagen sind die actio familiae erciscundae unter den Miterben, die a. communi dividundo unter den Genossen, die a. finium regundorum unter den Grenznachbarn. Die Zuteilung kann so geschehen, daß der Richter die gemeinschaftliche Sache reell teilt, oder so, daß er sie einem der Beteiligten gegen Leistung einer Entschädigung an die übrigen ganz überweist. Das Eigentum am Zugeteilten entsteht mit der Rechtskraft des Urteiles. Besitzübertragung wird nicht gefordert.[4] Der Erwerb setzt voraus, daß die zugeteilten Objekte nicht anderen als den Prozeßparteien gehörten, bildet also eine Successio, ist derivativ.[5]

b) Der Zuschlag in der notwendigen gerichtlichen Versteigerung begründet nach gemeinem und nach Reichsrecht unmittelbar Eigentum.[6]

---

13) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 60 Anm. 5, Fitting im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 51 S. 270.

1) Vgl. oben § 161 Anm. 4.

2) Vgl. l. 3 § 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2. Daß das Urteil Ersitzungstitel ist, darüber vergleiche unten § 220 Anm. 30.

3) Würde der mit der Vindikation Obsiegende auf die Geltendmachung des rechtskräftigen Urteils verzichten, so blieben dem Besiegten alle seine Rechte. Hieraus ergibt sich, daß das unrichtige rechtskräftige Urteil den Sieger nicht zum Eigentümer macht, wie sehr sich auch seine Stellung derjenigen eines Eigentümers nähert.

4) § 7 J. de officio judicis 4, 17.

5) l. 17 D. de usurp. 41, 3 fordert daher noch „Ersitzung" der zugeteilten Sache des Dritten.

6) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 263 Anm. 16 und dort Zitierte; Stobbe-Lehmann, deutsches Pr.Recht 3. A. Bd. 2 § 113 Anm. 5 S. 435; Reichsges. über die Zwangsverst. § 90.

c) Ein häufiges Strafmittel des gemeinen Rechtes war die Konfiskation, d. h. Anfall des Eigentumes einer Sache an den Fiskus von Rechts wegen infolge eines Deliktes mit dessen Begehung.[7]

Nach den Strafgesetzen des Reiches ist in der Regel an die Stelle der Konfiskation die Einziehung,[8] d. h. Zuteilung des Eigentumes an den Fiskus durch Strafurteil getreten. Der Einziehung unterliegen die durch das Vergehen hervorgebrachten und die dabei unmittelbar benutzten Objekte. Sie ist in der Regel vom Ermessen des Richters abhängig,[9] in einigen Fällen gesetzlich geboten.[10] Regelmäßig ist sie durch das Eigentum des Verurteilten am einzuziehenden Objekte bedingt, bei gewissen Vergehen, z. B. bei Feilhalten verfälschter oder verdorbener Nahrungsmittel, tritt sie hiervon unabhängig ein.[11]

VI. Die Ersitzung.[1]

§ 219. Begriff und Geschichte der Ersitzung.

I. Ersitzung ist Eigentumserwerb durch einen die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzten Besitz.[2]

So definieren noch die späteren römischen Juristen die Ersitzung und treffen hiermit den Kern des Institutes. Denn die Grundlage der Ersitzung bildet nicht, wie manche Neuere vermeinen, der Titel, nicht der gute Glaube. Diese Anforderungen sind erst in verhältnismäßig später

---

7) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4. Ulpianus libro 8 disputationum: Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur: ea propter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem sic et adversus heredem competit. So auch Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 § 134 ff., § 156.

8) Rissen, die Einziehung, in den Straßburger Festgaben für Planck 1887, O. Köbner, die Einziehung, Berl. Inauguraldiss. 1890, b. S. 59 ff.

9) Strafgesetzbuch § 40. Die bezüglichen Gegenstände sind bereits während der Untersuchung in Verwahrung zu nehmen oder sonst sicher zu stellen, Strafprozeßordnung § 94.

10) Vgl. z. B. Strafgesetzbuch § 152, § 295.

11) Strafgesetzbuch § 295, § 367 letzter Absatz.

1) Tit. Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3. Unterholzner, Verjährungslehre 1827, 2. Auflage bearbeitet von Schirmer 1858. Vgl. Schirmer, die Grundidee der Usukapion 1855 und dessen Aufsätze über bona fides und justus titulus in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 15 n. 7 und 9, Bd. 16 n. 1.

2) l. 3 D. de usurp. 41, 3. Modestinus libro 5 pandectarum: Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, d. h. das Eigentum tritt dem Besitz hinzu. Modestinus hat seinen Lehrer ausgeschrieben. Ulpiani fragmenta XIX § 8: Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. Aber auch Ulpian war schwerlich der erste, welcher diese Definition formulierte.

Zeit von den Römern gestellt worden, damit die Ersitzung nicht zum Schaden der Ehrbarkeit und guten Sitte übertriebene Geltung gewinne. Der Grundgedanke der Ersitzung ist vielmehr, daß die Zeit den Besitz zum Rechte erhebt.[3]

II. Die heidnische Kaiserzeit kannte zwei Ersitzungsinstitute, die usucapio und die longi temporis praescriptio.

1. Bereits die 12 Tafeln regelten die usucapio. Sie bestimmten in allgemeinster Weise, daß Grundstücke binnen 2 Jahren, die übrigen Objekte binnen 1 Jahre ersessen würden.[4] Gestohlene Sachen waren schon in den 12 Tafeln ausgenommen. Ob bloß zum Nachteile des Diebes oder auch Dritter, muß hier dahingestellt bleiben.

So rasche und so allgemeine Ersitzung war zu ertragen, solange die Römer in einem mäßigen Gebiete zusammensaßen. Mit der Ausdehnung des Staates und dem Wachsen des Volkes trat die Notwendigkeit ein, Schranken zu ziehen.

Zunächst geschah dies dadurch, daß man zahlreiche Objekte der Ersitzung entrückte. Die lex Atinia insbesondere entzog die res furtivae schlechthin der Ersitzung, solange sie nicht in die Gewalt ihres Eigentümers zurückgekehrt waren,[5] die lex Plautia bestimmte Ähnliches bezüglich der res vi possessae. Es gehört in diesen Zusammenhang, daß eine lex Scribonia die Ersitzung von Servituten geradezu aufhob.[6]

3) Der Besitz, sagt Schirmer, Grundidee der Usukapion S. 39, mit Recht, ist die Grundlage der Ersitzung. Damit ist natürlich nur der Besitz gemeint, welcher längere Zeit dauerte. Daher ist Schirmers Auffassung derjenigen von Stintzing, das Wesen der bona fides S. 6, nahe verwandt, daß die Ersitzung einen Zustand wegen seiner Dauer zum Rechte erhebe, daß die Zeit in ihr das rechtserzeugende Element bilde. — Brinz Bd. 1 § 153 betrachtet den gutgläubigen Besitz als die Grundlage der Usukapion, und Scheurl, Beiträge Bd. 2 Heft 1 S. 29 ff., will das Hauptgewicht auf den Titel legen. Hiergegen spricht a) die 12 Tafeln machen den Besitz, aber keineswegs den gutgläubigen oder den titulierten Besitz zur Grundlage der Ersitzung; b) noch in die Kaiserzeit hinein ragen Fälle der Ersitzung ohne bona fides, nämlich die usucapio pro herede und die usureceptio, über welche Gaj. Inst. II §§ 52 ff. zu vergleichen ist; die Unersitzbarkeit zahlreicher Objekte ist vollständig nur verständlich, wenn wir annehmen, daß sie aus einer Zeit stammt, in welcher die bona fides noch kein Erfordernis der Ersitzung war. Vgl. Dernburg, Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 173 Ziff. 5, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 337. Daß die Usukapion ursprünglich bona fides nicht forderte, verteidigte besonders Stintzing, bona fides S. 8 ff. Vgl. Dernburg, krit. Ztschr. Bd. 3 S. 149, Krüger zu Puchtas Institut. Bd. 2 S. 208, Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 392.

4) Cicero pro Caecina cap. 4 spielt auf die Worte der 12 Tafeln in folgenden Wendungen an: usus auctoritas fundi biennium est . . . caeterarum rerum omnium annuus est usus, vgl. Cicero pro Caecina cap. 19. Über die Fassung des bezüglichen Passus der 12 Tafeln siehe Danz, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 122 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 328.

5) Gaj. Inst. II § 45. Gellius noctus atticae XVII, 7. Über die Zeit der lex Atinia vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 2 A. S. 340 Anm. 3, siehe auch unten § 220 Anm. 9 ff.

6) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3.

Dann forderte man zur Ersitzung einen Titel des Ersitzenden, d. h. Tatsachen, welche seinen Besitzerwerb äußerlich rechtfertigen.

Und schließlich verlangte das feiner ausgebildete humane Rechtsgefühl auch bona fides des Ersitzenden.

2. Die Usukapion stand als ziviles Institut nur Römern offen, und es unterlag ihr nur, was des quiritarischen Eigentumes fähig war.

Als Surrogat führte man bezüglich der Provinzialgrundstücke und behufs der Sicherung des Erwerbes von Mobilien durch Peregrinen die longi temporis praescriptio ein.[7] [8] Sie verlangte ruhigen Besitz 10 Jahre hindurch inter praesentes, d. h. wenn die Beteiligten in derselben Provinz wohnten, und 20 Jahre hindurch inter absentes, d. h. wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten. Sie war zunächst Einrede, aber man gab dem Präskribenten auch eine Klage, wenn er den Besitz nach Vollendung der Zeit verloren hatte.[9] Demzufolge begründete sie das an Provinzialgrundstücken mögliche Eigentum.[10] Die Rechtssätze der Usukapion wurden zum großen Teile auf die longi temporis praescriptio übertragen. Die Zurechnung des Besitzes des Vorgängers zu dem des Nachfolgers bildete sich jedoch bei der longi temporis praescriptio mit ihren längeren Fristen zuerst aus.

3. Im oströmischen Reiche gestaltete sich das Ersitzungsrecht in folgender Art. Mobilien wurden schlechthin durch usucapio erworben, da alle Untertanen als Römer galten, die Immobilien aber, welche altes Provinzialland waren, ersaß man durch longi temporis praescriptio. Dies natürlich abgesehen von denjenigen Grundstücken, welches das jus Italicum hatten und deshalb der Usukapion fähig waren.

Durch eine Verordnung vom Jahre 531 bildete Justinian aus usucapio und longi temporis praescriptio ein einheitliches Institut,[11] indem er jeden Unterschied zwischen ihnen verwarf.[12] Dennoch treten im justinianischen Gesetzeswerke noch einige Verschiedenheiten hervor,

---

7) Die praescriptio longi temporis wird in den Kommentaren des edictum perpetuum nicht erwähnt. Lenel, edictum perpetuum S. 403. Sie stammt wohl aus den Provinzialedikten.

8) Der praescriptio longi temporis bei Mobilien gedenken l. 3 und l. 9 D. de div. temp. praescr. 44, 3, ebenso l. 1 C. de fugitivis 6, 1.

9) Justinian versichert dies ausdrücklich in der l. 8 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Es besteht kein Grund, seine Angaben zu bezweifeln. Einer actio utilis gedenkt die l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Anderer Ansicht ist u. a. Grueber, Einfluß der Eigentumsklage auf die Ersitzung 1875 S. 30.

10) Vgl. oben § 193 Ziff. 2.

11) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

12) l. un. C. cit. . . . sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

welche zwischen den beiden Instituten früher bestanden. Es ist in solchen Fällen diejenige Rechtsnorm als maßgebend anzusehen, welche dem Gesamtcharakter des Instituts und den allgemeinen Prinzipien des Rechtes am meisten entspricht. Nicht richtig ist es, wie einige tun, der alten usucapio oder, wie andere wollen, der alten praescriptio als solcher den Vorzug zu geben oder gar, wie die Glosse lehrte, die Sätze der usucapio nur auf Mobilien, die der praescriptio nur auf Immobilien zu beziehen.[13]

4. Schon im Jahre 528 hatte Justinian gutgläubigen Erwerbern des Besitzes, welche die Einrede der 30- oder 40-jährigen Verjährung gegen die Eigentumsklage erworben hatten, im Falle des Besitzverlustes eine Vindikation zugeteilt.[14] Er bildete damit diese Einrede zum Eigentumserwerbe um. Dies nennt man außerordentliche Ersitzung, im Gegensatze zu der auf Grund der usucapio gebildeten ordentlichen Ersitzung. Die außerordentliche Ersitzung bleibt jedoch im folgenden zunächst außer Betracht, da sie auf einer eigenartigen Grundlage beruht. Wir bezeichnen daher die gewöhnlich sogenannte ordentliche Ersitzung als Ersitzung schlechthin.[15]

§ 220. Erfordernisse der Ersitzung.

Die Ersitzung des justinianischen Rechtes fordert *Besitz* während der *gesetzlichen Zeit*, ferner eine *ersitzungsfähige Sache* und endlich Erwerb auf Grund eines *Titels* und in *gutem Glauben*.[1]

1. Die Grundlage ist *Eigentumsbesitz*[2] einer Sache oder eines *ideellen Teiles derselben*[3] während der Ersitzungszeit.

13) Die Glosse nahm an, es bestünden im justinianischen Rechte zwei Institute nebeneinander fort, nämlich die usucapio für Mobilien als eigentliche Ersitzung und die longi temporis praescriptio für Immobilien als Quasiersitzung, vgl. Landsberg die Glosse S. 147. Die Ansicht der Glosse verteidigte noch Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, Gießen 1835. — Donellus comm. V. 4 §§ 8 ff verstand Justinian dahin, daß unter Abschaffung der usucapio nur die praescriptio bestehen bleibe. — Bangerow Bd. 1 § 316 betrachtet die usucapio als die Grundlage, welche nur durch mehrere Sätze der praescriptio modifiziert wurde.

14) l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 III Id. Dec. a. 528.

15) B.G.B. § 937 bestimmt: „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)". Mangel guten Glaubens beim Erwerb des Eigenbesitzes schließt die Ersitzung aus. Ebenso ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Besitzer später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht. Ein Titel des Besitzerwerbes ist nicht erforderlich. Diese Ersitzung entspricht mehr der außerordentlichen als der ordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts. An die Stelle der letzteren ist sofortiger Eigentumserwerb auf Grund der §§ 932 ff. getreten. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 106 S. 296. Vgl. noch § 900 über die sogenannte Tabularersitzung.

1) Ein alter Hexameter formuliert die Erfordernisse der Ersitzung: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

2) l. 25 D. de usurp. 41, 3. Licinius Rufinus libro 1 regularum: Sine

Es gibt Fälle, in welchen man ersitzt, obgleich man juristischen Besitz, d. h. Interdiktenbesitz, nicht hat. Insbesondere ersitzt der Verpfänder, welcher seine Sache zum Faustpfand gibt, obgleich ihm der juristische Besitz fehlt, solange sie der Pfandgläubiger besitzt.[4]

Wer ferner Materialien, die er im Ersitzungsbesitze hat, in sein Haus verbaut, verliert zwar den besonderen Besitz an ihnen, aber die Ersitzung vollendet sich gleichwohl, da er die Sache tatsächlich in der Gewalt behält.[5] Ja die Ersitzung läuft beim Tode des Besitzers fort, solange sich kein Dritter in den Besitz setzt, die Sache also in der Sphäre der Erbschaft bleibt.[6] [7]

2. Die Sache muß ersitzungsfähig sein.

Was des privaten Eigentums unfähig ist, kann nicht ersessen werden.[8] Aber auch zahlreiche Objekte, die im Privateigentume stehen, sind der Ersitzung entzogen.

a) Ersitzungsunfähig sind gestohlene Sachen — res furtivae —, solange sie nicht in die Gewalt ihres Eigentümers zurückgekehrt sind.[9] Nicht ersitzbar ist daher die gestohlene Sache in der Hand gutgläubiger Besitzer selbst dann, wenn sie die Sache nicht vom Diebe oder dessen Nachfolgern erhielten.[10] Die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen genügt nicht zur Aufhebung des Makels — vitium — der Furtivität; die gestohlene Sache muß vielmehr an ihren Eigentümer zurückgelangen.[11] Rückkehr in die Gewalt liegt vor, wenn der

---

possessione usucapio contingere non potest, l. 13 pr. D. eod. Paulus libro 5 ad Plautium. Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

3) l. 4 § 1 D. pro emptore 41, 4, l. 26 D. de a. vel a. p. 41, 2.

4) l. 16 D. usurp. 41, 3, l. 1 § 15 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

5) Vgl. oben § 176 Anm. 6.

6) l. 40 D. de usurp. 41, 3.

7) Siehe überhaupt Bekker, Recht des Besitzes S. 70.

8) l. 9, l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3.

9) Natürlich ist der römische Begriff des Diebstahls zu Grunde zu legen, welcher Diebstahl und Unterschlagung und außer furtum rei auch f. usus und f. possessionis umfaßt.

10) Die Früchte gestohlener Sachen sind furtiv, wenn sie von dem Diebe oder einem bösgläubigen Besitzer gewonnen oder doch veräußert werden. Besitzt ein gutgläubiger Besitzer die gestohlene Sache, so wird er Eigentümer der Früchte, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3. Über l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2 vgl. oben § 205 Anm. 1, 2. Bezüglich der Furtivität des Kindes einer gestohlenen Sklavin gingen die Ansichten der römischen Juristen auseinander. Die Streitfrage ist hier nicht zu verfolgen. Vgl. Max Beer, über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen 1884. Siehe auch oben § 78 Anm. 19.

11) l. 4 § 6 D. de usurp. 41, 3. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui subreptum est, igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in

Eigentümer die Sache, wissend, daß sie die seine ist, so erhält, daß sie ihm nicht possessorisch abgestritten werden kann.[12] Es genügt aber auch, daß der Eigentümer in der Lage ist, sich die Sache durch Vindikation zurückzuverschaffen.[13]

b) Gewaltsam in Besitz genommene Immobilien sind so lange der Ersitzung entzogen, bis sie in die Gewalt des Eigentümers zurückkommen.[14 15]

c) Gleiches gilt für das von Beamten Erpreßte.[16]

d) Streitige Grenzen unterliegen der ordentlichen Ersitzung gleichfalls nicht.[17]

e) Ebenso sind unersitzbar Sachen des Staates,[18 19] des Regenten,[19] die Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen.[20 21]

---

potestatem domini redire debet. Die Lehre von der Furtivität wurde von den römischen Juristen, weil sie als bloß positiv galt, mit kasuistischem und formalistischem Scharfsinne behandelt. Nicht furtiv wird die Sache, wenn sie der Eigentümer dem Faustpfandgläubiger entwendet, denn sie kehrt zum Eigentümer zurück, l. 4 § 21 D. de usurp. 41, 3, furtiv aber wird sie, wenn der Eigentümer dadurch ein furtum gegen den Hypothekar begeht, daß er die speziell verhypothezierte Mobilie verkauft; denn in diesem Falle kehrt sie nicht zum Eigentümer zurück, sondern geht von ihm fort, l. 6 C. de usucap. pro emptore 7, 26. Arndts § 162 Anm. 3c will diese Erklärung nicht gelten lassen, weil sie „mera suptilitas" sei; aber die Juristen behandelten eben die Lehre im Sinne bloßer Subtilität. Daher wird die Sache auch furtiv, wenn sie der gutgläubige Nichteigentümer dem Gläubiger entwendet, dem er sie zum Pfande gab; denn sie gelangt dann nicht an ihren Eigentümer, l. 49 D. de usurp. 41, 3. Vgl. unten Anm. 14.

12) l. 4 §§ 12 und 25 D. de usurp. 41, 3. l. 41 D. eod.

13) l. 215 D. de V. S. 50, 16.

14) Dies Ersitzungsverbot gehört der lex Plautia de vi an. — Die Auslegung des Gesetzes — l. 4 §§ 22—28 D. de usurp. 41, 3 — war äußerst subtil. Beispielsweise gilt es nicht als vi possessum, wenn man sich in Abwesenheit des Besitzers in den Besitz setzt und ihn dann an der Rückkehr in seine Sache verhindert, l. 4 § 27 cit., siehe noch l. 33 § 2 D. eod. A. Anf. Brinz, vacua possessio Bd. 1 S. 506, Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43, 44, Teil 5 S. 62. Über l. 6 § 3 D. de precario 43, 26 gehen die Ansichten auseinander, vgl. Bangerow Bd. 1 § 317 S. 588.

15) Die nov. 119 cap. 7 schließt die Ersitzung in der Hand des ersten Erwerbers vom malae fidei possessor aus, weil er keine rechte bona fides habe, vorausgesetzt, daß der Eigentümer die Veräußerung an ihn nicht kannte. Viele, z. B. Bangerow Bd. 1 § 317 S. 590, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 8, behaupten, daß nach dem „Geiste" der Verordnung Justinians Immobilien, welche durch einen unredlichen Besitzer veräußert wurden, überhaupt „unersitzbar" würden. Aber der Grund Justinians — der Verdacht der mala fides — besteht bei spätern Erwerbern nicht mehr. Die singuläre Bestimmung zu erweitern und zur Ausschließung der Ersitzung zu steigern, ist ebenso prinzipwidrig wie unzweckmäßig.

16) l. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11, l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

17) l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

18) Dies war altrömisches Verfassungsrecht. Vakante Erbschaftssachen werden erst unersitzbar, wenn Schritte geschehen sind, um sie dem Fiskus zuzueignen, l. 18 D. de usurp. 41, 3.

19) l. 1, l. 2 C. ne rei dominicae 7, 38.

20) nov. 111 cap. 1, nov. 131 cap. 6, cap. 8 X. de praescr. 2, 16.

f) Endlich sind Sachen der Minderjährigen unersitzbar.[22]

3. Die Ersitzung fordert weiter einen Titel,[23] d. h. Vorgänge, welche den Erwerb des Eigentumsbesitzes als rechtmäßig erscheinen lassen.[24]

Vornehmlich gelten als Titel Rechtsgeschäfte, und zwar teils zweiseitige, wie Kauf — titulus pro emptore —, Schenkung — pro donato —, Dosbestellung — pro dote —, an welche sich eine Tradition anschließt, teils einseitige, insbesondere Vermächtnisse, welche zum Besitzerwerbe führen.[25]

---

21) Ob auch Sachen der Städte — abgesehen von den öffentlichen, l. 9 D. de usurp. 41, 3 — unersitzbar seien, ist bestritten. — Ein derartiges Ersitzungsverbot ist nicht nachweisbar, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 5, dagegen freilich Dangerow Bd. 1 § 317 Anm. A. 4.

22) Auch dies ist bestritten. Die alte usucapio lief auch bezüglich der Sachen der Pupillen, l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5. Restitution wurde aber gegen sie erteilt, l. un. C. si adversus usuc. 2, 35. Dagegen lief die longi temporis praescriptio gegen Minderjährige nicht, l. 3 C. quibus non objiciatur 7, 35. Was gilt in dieser Hinsicht für das justinianische Ersitzungsrecht? Gewiß das Recht der longi temporis praescriptio. Bestimmt doch Justinian in der l. 5 C. in quibus causis in integrum 2, 40 . . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant eas ipso jure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX et XXXX annorum in suo statu remanentibus. Der justinianische Sprachgebrauch bezieht die „temporales exceptiones" auch auf die Ersitzung, l. 30 § 2 C. de jure dot. 5, 12. Vgl. l. 2 § 1 C. de annali exceptione 7, 40. So Arndts, ziv. Schriften Bd. 1 n. 14, Pand. § 162 Anm. 1; dagegen betrachtet Dangerow Bd. 1 § 317 Anm. A. 5 die Regel der alten usucapio für die justinianische Ersitzung auch hier als maßgebend.

23) Über den Ersitzungstitel vgl. die eingehenden und sorgfältigen Untersuchungen von Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 51 n. 1 und 15, Bd. 52 n. 1, 9 und 16, ferner Bernhöft, titulus justus und titulus putativus 1873, sowie der Besitztitel im römischen Rechte 1875. Bei Fitting a. a. O. Bd. 51 S. 2 und 3 finden sich Literaturnachweise. Vgl. noch Adler in Jherings Jahrb. Bd. 33 S. 184, Bonfante in der rivista ital. p. l. scienze guiridiche Bd. 17 S. 126. B.G.B. §§ 937 ff., § 900 fordern keinen Ersitzungstitel.

24) Die früher gewöhnliche Definition, „Titel sei ein zur Verschaffung des Eigentums an sich, d. h. abgesehen von einem im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisse, geeigneter Erwerbsgrund" — vgl. Arndts § 159 —, wurde in neuerer Zeit als vag und unzutreffend nicht ohne Grund bekämpft. So namentlich von Stintzing, bona fides und titulus S. 97, Fitting a. a. O. Bd. 51 S. 5. Die Meisten halten daran fest, daß der Titel eine „Erwerbstatsache" sei — vgl. Windscheid Bd. 1 § 178 8. A. S. 816 — oder ein „Erwerbsgrund", wie namentlich Brinz Bd. 1 § 158 sagt. Doch der titulus pro derelicto stimmt hiermit nicht. Denn die Dereliktion einer Sache durch den bisherigen Besitzer kann wohl eine Okkupation rechtfertigen, ein Erwerbsgrund ist sie offenbar nicht. Den Sinn, welchen die Römer mit Ersitzungstitel verbanden, haben Stintzing a. a. O. S. 124 und Schirmer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 16 S. 3 ff. getroffen. Hiernach ist Titel der äußere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworben erscheinen läßt. Es ist aber wohl zu bemerken, daß die römische Jurisprudenz die Entscheidung über die Frage, ob genügende Tatsachen dieser Art vorhanden seien, nicht der richterlichen Beurteilung im einzelnen Falle überließ, vielmehr ein für allemal schematisch festzustellen suchte, welche Tatsachen ausreichten. Dies gab der Lehre vom Titel ein kasuistisches Gepräge.

Daneben gibt es aber auch Titel anderer Art. Wichtig ist der Titel pro herede, wenn der Nichterbe Nachlaßsachen eines Verstorbenen als Erbe in Besitz nimmt.[26] Anerkannt ist ferner der Titel pro derelicto, d. h. die Vornahme der Dereliktion einer Sache durch einen Nichteigentümer, infolge deren man okkupiert und usukapiert.[27]

Die ältere Jurisprudenz behandelte Rechtsgeschäfte nur dann als Ersitzungstitel, wenn sie rechtsgültig abgeschlossen waren, so daß der Fehler bloß in dem mangelnden Rechte des Verkäufers oder sonstigen Autors lag. Die Kaiserzeit hielt hieran nicht fest. Sie erachtete vielmehr auch bloß tatsächlich abgeschlossene, aber nichtige Geschäfte, z. B. Verkäufe eines Wahnsinnigen, als ausreichende Titel.[28] Anstatt des wahren Titels begnügte man sich auch mit einem gerichtlichen Eide[29] oder einem rechtskräftigen Urteile,[30] welche die Existenz eines Erwerbsgeschäftes als wahr erscheinen lassen.

Schließlich behandelte man alle Vorkommnisse, welche die Annahme eines Rechtsgeschäftes in probabler Weise begründen können, als genügend, z. B. die unrichtige Mitteilung eines Stellvertreters über den Abschluß eines Erwerbsgeschäftes. Die Neueren bezeichnen solche Titel als Putativtitel.[31]

---

25) Vgl. Tit. Dig. pro emptore 41, 4, pro donato 41, 6, pro legato 41, 8, pro dote 41, 9. Den titulus pro soluto erwähnt l. 46 D. de usurp. 41, 3, den titulus pro transactione l. 8 C. de usucapione pro emtore vel transactione 7, 26. Bechmann usucapio pro emtore im Arch. f. zivil. Pr. Bd. 75 n. 7.

26) Das Nähere gehört in das Erbrecht.

27) Vgl. l. 1 ff. D. pro derelicto 41, 7.

28) l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4.

29) l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Julianus ait eum, qui juravit fundum suum esse, post longi tempori praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

30) Über die Frage, ob das rechtskräftige Urteil einen Ersitzungstitel abgibt, gehen freilich die Ansichten weit auseinander. — Dagegen ist Vangerow 7. Aufl. Bd. 1 § 320 Anm. 3, dafür u. a. Arndts § 159, siehe dort weitere Literatur, Brinz Bd. 1 § 159 und im Grunde trotz scheinbarer Opposition Windscheid Bd. 1 § 179 am Ende.

31) Seit man zur Usukapion bona fides verlangte, konnte man von den strengen Anforderungen, die man ursprünglich an den Titel machte, nachlassen. Aber Celsus erhob sein gewichtiges Wort dagegen, daß man das Requisit des Titels völlig verflüchtige, also von jedem objektiv greifbaren Momente absehe, l. 27 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Sehr viel laxer war Neratius libro 5 membranarum l. 5 D. pro suo 41, 10. Usucapio rerum — etiam ex aliis causis concessa interim — propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset; sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. quod tamen ita interpretandum

4. Ein letztes Erfordernis ist guter Glaube. Man muß sich zur Erlangung der Sache für befugt gehalten haben.[32]

Beim Kauf fordert man, daß der gute Glaube zur Zeit des Kaufgeschäftes und zur Zeit der Tradition vorhanden sei. Beim Erwerb aus anderen Gründen genügt der gute Glaube zur Zeit der Besitznahme.[33]

So lange ich von einem Besitzerwerbe für mich nichts weiß, bin ich weder in gutem noch in bösem Glauben. Demnach kann die Ersitzung erst beginnen, wenn man den Besitzerwerb, welchen Dritte für uns machten, kennen lernt und nun für rechtmäßig hält.[34] Haben Dritte jedoch ein allgemeines Mandat, uns zu vertreten, so ist der gute Glaube der Vertreter als maßgebend anzusehen.[35]

---

est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Julian, obgleich Neratius nahestehend, accentuiert doch, daß Tatsachen darzutun seien, l. 11 D. pro emptore 41, 4. Africanus libro 7 quaestionum: Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit magis esse, ut usucapio sequatur. Die vermittelnde Auffassung Julians ist als die maßgebende anzusehen. Die Ansichten der Juristen, von denen Entscheidungen in das corpus juris aufgenommen wurden, waren freilich sehr verschieden. Vgl. auch l. 9 D. pro legato 41, 8. Pernice, Labeo, Bd. 2 2. A. S. 396.

32) Vgl. Bonfante la justa causa dell' usucapione in d. rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 15 S. 161 und 321, oben § 194. Ein besonderer Nachweis des guten Glaubens ist nicht zu führen; er ist im menschlichen Verkehr die Regel und wird daher unterstellt, solange der böse Glaube nicht dargetan wird. Wächter, bona fides S. 45, Ihering, Besitzwille S. 160.

33) Es war bestritten, ob der gute Glaube zur Zeit des Kaufes oder der Tradition vorhanden sein müsse. Sabinus und Cassius entschieden sich dafür: „traditionis initium spectandum", l. 10 pr. D. de usurp. 41, 3, und dies war auch die Meinung Papinians, l. 44 § 2 D. eod. „etsi possessionis non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet." Viele Juristen aber — insbesondere Paulus — forderten bona fides in beiden Zeiten, l. 2 pr. D. pro emptore 41, 4, l. 48 D. de usurp. 41, 3, vgl. l. 15 § 3 D. eod. Diese Auffassung ist als die maßgebende zu erachten. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß der Kauf als der Beginn des Veräußerungsgeschäftes erscheint, vgl. oben § 214 Anm. 6. Die Tendenz der Erschwerung der Ersitzung macht sich auch hier geltend. Windscheid Bd. 1 § 177 a. A. will den Satz auf jedes Rechtsgeschäft ausdehnen, bei welchem, wie beim Kauf, der Wille auf sofortige Über- und Aneignung gerichtet sei. Die Literatur gibt Windscheid a. a. O. Anm. 1 an. Vgl. auch Bechmann a. a. O. S. 293. Nach B.G.B. § 937 entscheidet allein die Zeit des Besitzerwerbes.

34) l. 47 D. de usurp. 41, 3, l. 49 § 2 D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Es beginnt daher die Ersitzung erst von der Genehmigung an, wenn ein unbeauftragter Geschäftsführer für uns Besitz erwirbt.

35) Die Römer nahmen dies nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen „ex causa peculiari" an, l. 2 §§ 10 ff. D. pro emtore 41, 4. Wir müssen den Sitz infolge der weiteren Entwicklung der Stellvertretung auf Generalmandatare übertragen. Vgl. auch B.G.B. § 166.

Der gute Glaube muß sich auf entschuldbaren Irrtum stützen. Rechtsirrtum wird nicht berücksichtigt.[36]

Nach kanonischem Rechte muß der gute Glaube während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein; bloße Zweifel jedoch, die dem Besitzer an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes kommen, schaden nicht.[37]

§ 221. Vollendung der Ersitzung.

1. Die Ersitzung vollendet sich bei Mobilien in 3 Jahren, bei Immobilien in 10 oder 20 Jahren.[1] Hat nämlich der Usukapient eines Immobile seinen Wohnsitz in derselben Provinz wie der Eigentümer — inter praesentes —, so sind 10, hat er ihn in einer anderen Provinz — inter absentes —, 20 Jahre erforderlich.[2] Als Provinz gilt derzeit der Bezirk des Oberlandesgerichts. Ein einzelnes Jahr auswärtigen Wohnens ist den 10 Jahren zuzurechnen,[3] je 2 Jahre gelten gleich einem Jahre der Anwesenheit. Auswärtiger Wohnsitz, welcher kürzer ist als ein Jahr, wird nicht beachtet.[4][5]

2. Es kann sowohl Succession in die Ersitzung, als Accession eintreten.[6]

a) Der Erbe und wer an Erbes Statt ist, succediert in die Ersitzungslage seines Erblassers.[7] Er beginnt also keine neue Ersitzung, er setzt ununterbrochen die alte fort.

---

36) l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3, vgl. oben § 87 Anm. 10. A. Ansicht Adler in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 169. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 49 n. 79.

37) cap. 20 X. de praescriptionibus 2, 26, oben § 149 Anm. 2 abgedruckt. B.G.B. § 937 fordert, daß der Eigenbesitzer positiv erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.

1) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31. Über B.G.B. vgl. oben § 219 Anm. 15.

2) l. 12 C. de praescr. longi temporis 7, 33. Es kommt nicht darauf an, ob die Sache in derselben Provinz liegt, in welcher der Eigentümer wohnt. — Nur das Domizil ist zu beachten, nicht bloßer, wenn auch andauernder Aufenthalt auswärts.

3) nov. 119 cap. 8.

4) Böcking, Pand. Bd. 2 § 148 Anm. 5, dagegen Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 3.

5) Die Ersitzungszeit ist tempus continuum (l. 31 § 1 D. de usurp. 41, 3 ist mangelhaft interpoliert). Sie wird civiliter berechnet, Beginn des letzten Tages genügt, vgl. oben § 89 Anm. 8. Die Regel der Praktiker olim et hodie possessor, semper possessor ist zwar keine bindende Präsumtion, macht sich aber als faktische Vermutung je nach den Umständen geltend. B.G.B. hat die Präsumtion als gesetzliche, vgl. § 938.

6) Denzinger, die accessio possessionis 1842; Brinz Bd. 1 § 162. Mehrere Stellen, welche von dem Zusammenrechnen beim interdictum utrubi handelten — vgl. oben § 185 Anm. 7 —, insbesondere l. 13 D. de a. vel a. poss. 41, 2 und l. 14 D. de div. temp. praescr. 44, 3, sind in die Kompilation aufgenommen. Auf die Ersitzung passen sie zum großen Teile nicht.

Der vom Erblasser begonnene Ersitzungsbesitz lief daher nach römischem Rechte weiter, auch wenn der Erbe in bösem Glauben war. Nach kanonischem Recht darf der Erbe zwar nicht geradezu in bösem Glauben sein, aber bloße Zweifel desselben an der Rechtmäßigkeit des Besitzes hindern die Fortsetzung der Ersitzung so wenig, wie wenn sie beim Erblasser eingetreten wären.

Hatte der Erblasser wegen bösen Glaubens keinen Ersitzungsbesitz, so läuft auch dem gutgläubigen Erben keine Ersitzung, weil er in die Fehler seines Erblassers succediert.[8]

Bei der Zusammenrechnung der Besitzzeit des Erblassers und des Erben ist die Zeit der ruhenden Erbschaft mitzuzählen, ja die Ersitzung kann sich in dieser Zeit vollenden.[9] [10] Vorausgesetzt ist, daß sich nicht ein Dritter inzwischen in den Besitz gesetzt hat.[11]

b) Der Singularsuccessor beginnt eine neue Ersitzung. Die Voraussetzungen einer solchen, insbesondere guter Glaube, müssen in seiner Person vorhanden sein.[12]

Er hat aber das Recht der Einrechnung der Ersitzungszeit seines Vorgängers — Accession[13] —, wenn sich sein Besitz dem des Vorgängers unmittelbar anschließt.[14] Unter der Voraussetzung entsprechenden Anschlusses kann auch der Besitz entfernterer Vorfahren eingerechnet werden.

War der Vorgänger in bösem Glauben, so hindert dies den Beginn des eigenen Ersitzungsbesitzes des Nachfolgers nicht.

Die Ersitzung wird unterbrochen:[15]

---

7) l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3, l. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, l. 2 § 19 D. pro emptore 41, 4.

8) l. 11 D. de diversis temporalibus praescr. 44, 3. Folgerecht ist l. 24 § 1 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 40 D. de usurp. 41, 3. Über die hiergegen angeführte l. 13 § 4 D. de a. vel a. poss. vgl. oben Anm. 6. Beginnen kann der Ersitzungsbesitz während ruhender Erbschaft nicht, l. 45 § 1 D. eod.

10) l. 2 § 18 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum bemerkt folgerecht: etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nanctus non sit.

11) l. 20 D. de usurp. 41, 3, l. 6 § 2 D. pro emptore 41, 4. Nach B.G.B. § 944 kommt die Ersitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, dem Erben zustatten.

12) l. 2 § 17 D. pro emptore 41, 4.

13) Die accessio possessionis entwickelte sich bei der longi temporis praescriptio l. un. C. de usuc. transform. 7, 31. Nach einem Reskripte von Severus und Caracalla sollte sie auch bei der usucapio im Falle eines Kaufes, d. h. wohl überhaupt onerosen Erwerbes, eintreten, § 13 J. de usuc. 2, 6, l. 2 § 20 D. pro emptore 41, 4. Justinian erst hat die Accession für die Ersitzung allgemein gemacht.

14) arg. l. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

α) Durch **Verlust des Besitzes** während der Ersitzungszeit. Auch wenn der Ersitzende durch einen unberechtigten Dritten verdrängt wird, tritt die Unterbrechung ein;[16]

β) durch **Erhebung der Eigentumsklage**. Sie unterbricht die Ersitzung, auch wenn sie nicht zum Ziele führt, vielmehr angebrachtermaßen abgewiesen oder fallen gelassen wird. Unter Umständen wird die Klageerhebung durch eine Protestation ersetzt.

Diese Unterbrechung ist eine bloß relative. Sie kommt nur dem Kläger zu gute. Hat also ein Nichtberechtigter die Eigentumsklage erhoben, so unterbricht dies die Ersitzung nicht zu Gunsten des Eigentümers, welcher während der Ersitzungszeit untätig blieb.[17]

Erhält der frühere Besitzer den Besitz zurück, so beginnt eine neue Ersitzung.[18] Geschah die Unterbrechung durch Klageerhebung oder gleichstehende Ereignisse, so ist nur eine außerordentliche Ersitzung von dem Augenblicke an möglich, mit welchem die Unterbrechungstatsache der Vergangenheit anheimfällt.[19]

Es gibt Umstände, welche das **Ruhen** der Ersitzung bewirken, d. h. die Ersitzung steht still, solange sich ihr Hindernisse entgegenstellen, läuft aber nach deren Beseitigung weiter.[20] Dies Ruhen tritt

---

15) l. 2 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Usurpatio est usucapionis interruptio.

16) l. 5 D. de usurp. 41, 3. B.G.B. § 940 enthält eine Milderung des Satzes.

17) Ebenso B.G.B. § 941. Hinsichtlich der Unterbrechung der Ersitzung durch Klageerhebung war das Recht der alten usucapio und das der longi temporis praescriptio ein verschiedenes. Die bezüglichen Entscheidungen sind unverändert in das corpus juris Justinians übergegangen. a) Die usucapio wurde durch die Litiskontestation **nicht unterbrochen**; es bestand jedoch die **Prozeßobligation** des Beklagten, welcher während des Obschwebens des Prozesses erfaß, die Sache gleichwohl dem Kläger zu restituieren, wenn dieser zur Zeit der Litiskontestation Eigentümer gewesen war, l. 17 § 1 in fine, l. 18, l. 20 und 21 D. de rei vind. 6, 1, l. 2 § 21 D. pro emptore 41, 4. b) Die longi temporis praescriptio wurde durch Klageerhebung **unterbrochen**, und zwar nicht bloß zu Gunsten des Klägers, sondern auch **Dritter**, da man ungestörten Besitz des Präskribenten zu dieser Ersitzung forderte, l. 1 C. de praescr. longi temporis 7, 33. l. 4 C. quibus non objiciatur 7, 35. l. 10 C. de adquir. et ret. poss. 7, 32. Welches Recht ist nun für das justinianische Ersitzungsrecht maßgebend? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nach justinianischem Rechte die **Klageerhebung die Ersitzung geradezu unterbricht**, da dies nach l. 2 C. de annali exceptione 7, 40 in gewissen Fällen sogar durch **Protestation** geschieht, welche die Klageerhebung ersetzt. Andererseits ist aus der Aufnahme der Stellen über die usucapio zu folgern, daß die Unterbrechung durch Klageerhebung nur zu **Gunsten des Klägers**, nicht eines Dritten wirkt. Diese eklektische Auffassung entspricht der Lage des Quellenmaterials und ist innerlich gerechtfertigt. Die Ansichten der Neueren gehen übrigens sehr auseinander. Vgl. Wächter, Erört. Bd. 3 S. 99 ff., Stephan im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 34 S. 180, E. Grueber, Einfluß der Eigentumsklage auf die Ersitzung 1875, Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 7, Arndts § 163 Anm. 2, Brinz Bd. 1 S. 600.

18) l. 15 § 2 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4.

19) Oben § 148 S. 348.

namentlich ein, wenn die Klage des Eigentümers rechtlich gehemmt ist, z. B. im Falle des Verbauens von Materialien in ein Gebäude.[21]

Infolge der Ersitzung erwirbt man Eigentum in vollem Umfange.[22]

§ 222. Die außerordentliche Ersitzung.[1]

Wer die Einrede der Klagenverjährung gegen den Eigentümer infolge 30- oder 40-jährigen Besitzes einer Sache erlangt hat, ist befugt, die Sache im Falle des Besitzverlustes zu vindizieren, sofern er sie seiner Zeit redlich erlangt hatte. So bestimmte Justinian im Jahre 528,[2] drei Jahre vor seiner Verordnung, welche usucapio und longi temporis praescriptio verschmolz.

Hiernach erlangt der Präskribent mit Ablauf der 30- oder 40-jährigen Verjährung Eigentum. Die Neueren bezeichnen solchen Erwerb als außerordentliche Ersitzung, und zwar vom dogmatischen Standpunkte aus mit Recht. Doch Justinian war diese Auffassung noch fremd. Ihm handelte es sich um eine Erweiterung der Wirkungen der Klagenverjährung. Daher sind für die Einzelheiten nicht die Grundsätze der Ersitzung, sondern diejenigen der Klagenverjährung maßgebend.[3]

1. Der Lauf der außerordentlichen Ersitzung beginnt mit dem Augenblicke, in welchem die Nativität[4] der Eigentumsklage eintritt.

---

20) Vgl. oben § 147 S. 345, nicht im Widerspruch steht § 176 Anm. 6.

21) Siehe oben § 208. Auch B.G.B. § 939 verweist auf die Analogie der Verjährung der Eigentumsklage.

22) Manche neuere Schriftsteller gehen davon aus, daß man mit einem Ganzen nicht zugleich dessen Bestandteile als selbständige Sachen ersitze. Auf Grund dieses Satzes stellen sie das Eigentum dessen, welcher ein Gebäude ersessen hat, an den nach der Ersitzung getrennten Baumaterialien in Frage. So u. a. Sintenis im Archiv für ziv. Praxis Bd. 20 S. 86, Stephan ebendaselbst Bd. 31 S. 381 und neuerdings Windscheid Bd. 1 § 175[a] Anm. 2. Aber diese Ansicht ist unhaltbar. Wenn ein Dritter unser Haus abträgt, so begründen wir die Vindikation der von ihm getrennten und in Besitz genommenen Materialien damit, daß wir nachweisen, wir seien Eigentümer des Hauses gewesen, dem er sie entnahm. Und dabei kann es keinen Unterschied machen, ob wir das Haus durch Ersitzung oder in anderer Weise erworben haben. Denn was von unserer Sache getrennt wird, gehört uns. Dies ist klares Eigentümerrecht, l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn einst fremde Baumaterialien in ein Grundstück verbaut wurden, so daß das Eigentum an ihnen während der Verbindung ruhte, aber nach der Trennung wieder auflebte. Solche Materialien kann der ursprüngliche Eigentümer infolge des Auflebens seines Rechtes noch vindizieren. Dies ist besonderes Recht, l. 23 § 7 D. de rei vind. 6, 1, l. 7 § 11 D. de a. r. d. 41, 1. Vgl. Savigny, Besitz S. 265—268, 271—275.

1) Über B.G.B. vgl. oben § 219 Anm. 15.

2) l. 8 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

3) Unterholzner Bd. 2 § 177 und § 178 neigte sich der Ansicht zu, daß durch die l. un. C. de usuc. transformanda die praescriptio longissimi temporis ebenso wie die praescriptio longi temporis unter die Prinzipien der Usukapion gestellt sei. Hiergegen erklärte sich mit Recht Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 3 n. 23.

Sie vollendet sich nach den Regeln der Klagenverjährung in 30 Jahren, ausnahmsweise in 40 Jahren. Da die Klagenverjährung den Ablauf des letzten Tages fordert, so gilt gleiches auch für die außerordentliche Ersitzung. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ferner schließt auch die Unterbrechung der außerordentlichen Ersitzung in sich.

2. Der Präskribent muß den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Eines Titels bedarf er nicht.[5]

Streitfrage ist, ob sich der gute Glaube bei der außerordentlichen Ersitzung auf einen unentschuldbaren Irrtum, insbesondere ob er sich auf Rechtsirrtum stützen kann. Die Frage ist zu bejahen, trotzdem daß das Recht im allgemeinen nur entschuldbaren Irrtum beachtet. Denn es ist ein ungesunder und unerwünschter Zustand, daß der langjährige Besitzer zwar durch Einrede geschützt ist, daß er aber rechtlos wird, sobald er den Besitz verliert. Dem wollte Justinian ein Ende machen. Nur dem Unwürdigen sollte die Wohltat nicht zu gute kommen. Wer aber unentschuldbar irrt, ist nicht unwürdig.[6]

3. Auch ersitzungsunfähige Sachen unterliegen der außerordentlichen Ersitzung. Streitig ist dies für gestohlene und geraubte Sachen. Denn nach der P.G.O. Karls V. Art. 209 „kann an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Geweer ersessen werden". Hiernach wollen viele neuere Schriftsteller auch die außerordentliche Ersitzung ausschließen.[7] Allein ihre Ansicht hat keinen guten Grund. Sie setzt voraus, daß die Karolina unsere Verjährung bereits als eine Art der Ersitzung auffaßte, und dies ist nicht nachweisbar.[8] Immerdauernde

---

4) Vgl. oben § 146 S. 340 ff.

5) Wenige Schriftsteller sind anderer Meinung. So Brinz Bd. 1 S. 611; ihm ist „bona fides sine titulo ein undenkbares Ding". Daher fordert er auch hier zur bona fides den Titel, ohne Stütze im Gesetzestexte, gegen eine allgemeine Praxis, gegen handgreifliches praktisches Bedürfnis. Denn im Laufe der Zeiten geht die Möglichkeit des Nachweises des ursprünglich vorhandenen Titels oft verloren. Kann daher alter Besitz den Titel nicht ersetzen, so sind lange bestehende Rechte gefährdet. — Der Titel kann bei der außerordentlichen Ersitzung nur so zur Sprache kommen, daß ihn der Gegner dartut und aus den sich anschließenden Umständen die mala fides nachzuweisen sucht, Wächter bona fides S. 25.

6) Dieselbe Ansicht vertritt Wächter, die bona fides 1871, insbesondere S. 114, jedoch aus anderen Gründen. Neuere Literatur über die Frage wird dort zitiert. Gegen Wächter erklärte sich Bruns, das Wesen der bona fides 1872, vgl. auch Bruns im Archiv für ziv. Praxis Bd. 57 n. 14.

7) Dieser Ansicht ist u. a. Vangerow Bd. 1 § 325 S. 615, so jedoch, daß nur der engere Begriff des Diebstahls nach der Karolina zu Grunde zu legen sei. Dagegen ist Arndts § 164 Anm. 4 mit Rücksicht auf die von jeher herrschende Meinung.

8) Die Glossatoren, deren Ansichten im sechszehnten Jahrhundert bestimmend waren, faßten die longissimi temporis praescriptio nicht als Ersitzung auf. Sie nahmen sogar an, daß die von Justinian eingeführte vindicatio utilis nur gegen

Unverjährbarkeit des Rechtes an gestohlenen Sachen, z. B. an dem Gemälde eines großen Künstlers, welches vor Jahrhunderten gestohlen wurde und seither in gutgläubigem Besitze war, wäre auch unzweckmäßig.

Was des Privateigentumes nicht fähig ist, kann auch durch außerordentliche Ersitzung nicht erworben werden.

Desgleichen sind Objekte, bezüglich deren die Klagenverjährung nicht läuft, insbesondere Sachen der Unmündigen, nicht Gegenstand einer außerordentlichen Ersitzung.

VII. Die Endigung des Eigentumsrechtes.

§ 223. Fälle der Beendigung des Eigentumes.

1. Der Verlust des Eigentumes für den einen fällt in der Regel mit dem Erwerbe des Eigentumes für einen andern zusammen. Dann handelt es sich um die Zirkulation der Sachgüter. Ein derartiger Wechsel des Eigentumes kann eintreten:

a) auf Grund des Willens des bisherigen Eigentümers durch Tradition,

b) ohne solchen Willen als Konsequenz des Erwerbes des Eigentumes durch einen Anderen, z. B. durch Ersitzung, Einziehung, richterlichen Zuschlag in der Subhastation, wie auch infolge der Geltendmachung einer Resolutivbedingung.

2. Das Eigentum erlischt schlechthin mit dem Untergange der Sache. Es besteht jedoch an den Überresten, z. B. an dem Felle eines gefallenen Tieres, fort.[1]

Auch dadurch erlischt das Eigentum, daß die Sache in einen herrenlosen Zustand kommt. Dies ist möglich:

a) infolge einer Dereliktion, d. h. Aufgabe des Besitzes in der Absicht, nicht mehr Eigentümer zu sein.[2 3 4]

Dritte, nicht aber gegen den Eigentümer selbst gehe. So Glossen zu l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39; vgl. Landsberg, Glosse S. 210.

1) l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Celsus libro 18 digestorum: Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.

2) Ricci la derelizione in rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 321. Die Dereliktion wurde als Grund des Unterganges des Eigentumes von den Römern nur allmählich und nur mit Widerstreben anerkannt. Denn ihre Tendenz war vielmehr, festzuhalten und auf das Äußerste auszubeuten, was sie einmal hatten. Die Prokulianer nahmen Eigentumsverlust durch Dereliktion daher nur an, wenn sich ein anderer in den Besitz gesetzt hatte, die Sabinianer aber entschlossen sich dazu, in der Dereliktion schlankweg Eigentumsverlust zu sehen, l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7, l. 1 D. eod. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 113, Voigt, röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 36 Anm. 33. Dereliktion kam vorzugsweise vor und wurde zuerst anerkannt in

b) Wilde, d. h. normalerweise frei von menschlicher Herrschaft lebende Tiere, welche uns zu eigen waren, werden herrenlos, wenn sie ihre natürliche Freiheit zurückerlangen.[5] Dies wird bei gefangenen, d. h. bloß durch physische Mittel zurückgehaltenen, angenommen, wenn sie entfliehen und dem Gesichtskreise ihres Verfolgers entkommen,[6] bei gezähmten, d. h. psychisch beherrschten, wenn sie sich entfernt und die Gewohnheit der Rückkehr aufgegeben haben.[7]

Fällen, in welchen Lasten das Eigentum beschweren, die größer scheinen als dessen Vorteile. So ließ bereits Labeo Derelikttion eines Grundstückes zu, um der Last der servitus oneris ferendi zu entgehen, l. 6 § 2 a. E. D. si serv. vind. 8, 5, siehe ferner l. 6 D. de damno infecto 39, 2. — Kann auch derelinquieren, wer nicht besitzt? Für die Regel wird man dies verneinen müssen. Denn es fehlt die Möglichkeit der Besitzaufgabe, welche die Form der Derelikttion ist. Hieraus erklärt sich möglicherweise l. 17 § 1 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Ulpianus libro 76 ad edictum: differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Bezieht man dies auf den nicht besitzenden Eigentümer, so hat es leidlichen Sinn. Vgl. übrigens auch Czyhlarz a. a. O. S. 91.

3) Die Absicht des Derelinquierenden muß nicht bloß auf die Aufgabe des Besitzes gerichtet sein, § 47 J. de rer. div. 2, 1 pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit. § 48 alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat; qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt; l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2 steht nicht im Widerspruch. A. Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 105.

4) Nach B.G.B. § 928 ist Verzicht auf das Eigentum an einem Grundstück nur in grundbuchmäßiger Form zulässig. Solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, gilt aber das bisherige Recht bezüglich des Eigentumsverlustes. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 189. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 96 S. 275.

5) Einen verwandten Fall haben wir oben § 69 Anm. 14 kennen gelernt.

6) Im wesentlichen ebenso B.G.B. § 960; vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 112 S. 316; l. 3 § 2 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur. donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit, l. 5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro. ut difficilis sit ejus persecutio. Wenn freilich ein Papagei oder ein Kanarienvogel oder wenn ein Löwe aus einem zoologischen Garten entspringt und außerhalb des Gesichtskreises der Verfolger gelangt, so ist das Eigentum an ihnen nicht verloren, denn diese Tiere können in Deutschland nicht in die natürliche Freiheit gelangen. Unrichtig Czyhlarz a. a. O. S. 47.

7) Ebenso B.G.B. § 960 Abs. 3. l. 5 § 5 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum . . . in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium, intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint. Jhering, Besitzwille S. 292.

An zahmen oder Haustieren, d. h. den Menschen normalerweise dienstbaren, verlieren wir zwar den Besitz, wenn sie dauernd aus unserem Gewahrsam kommen, nicht aber das Eigentum.[8]

Drittes Kapitel.

Die Klagen des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 224. Die Eigentumsklage.[1]

Ist der Besitz in Widerstreit zum Eigentume getreten, so löst die Eigentumsklage — die rei vindicatio — den Konflikt.[2] Sie bringt die Rechte des *nicht besitzenden Eigentümers* gegenüber dem *besitzenden Nichteigentümer* zur Geltung. Und zwar siegt der Eigentümer über den Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob derselbe gutgläubig oder böswillig besitzt.

Dennoch gibt der Besitz auch dem Eigentümer gegenüber eine nicht zu unterschätzende Position.

Vor allem muß der Kläger sein Eigentum *nachweisen*. Mißlingt dieser Beweis, so bleibt der Beklagte im Besitze.[3]

8) l. 5 § 6 D. de a. r. d. 41, 1. Die Römer zählten *Haustauben* zu den wilden, bloß *gezähmten* Tieren, so daß dieselben herrenlos wurden, wenn sie wegflogen und die Gewohnheit der Rückkehr aufgaben. Das ist nicht gemeines und auch nicht Reichsrecht. In Schlägen gehaltene Tauben sind vielmehr Haustiere, an denen Eigentum auch dann nicht erlischt, wenn sie sich verfliegen. Wie aber steht es mit *Bienenschwärmen*? Gajus erklärt l. 5 cit. § 5: „apium quoque natura fera est". Auch ältere deutsche Quellen bezeichnen die Biene als „en wilt Worm". Das sprachen ihnen die Juristen blind nach bis zum heutigen Tage, und so taten auch wir in den ersten beiden Auflagen dieses Werkes. Ob aber die Bienen zahme Tiere sind oder nicht, ist eine naturwissenschaftliche Frage. Waren sie zur Zeit des Gajus und der mittelalterlichen Quellen noch „wilde" Tiere, so sind sie es heute sicherlich nicht mehr. Sie sind in Deutschland durchweg domestiziert; kommen wilde Bienen vor, so sind es dem Eigentümer eines Mutterstocks entflohene und verwilderte, wie es auch verwilderte Katzen gibt. Daher bleibt namentlich der ausgeflogene Schwarm dem Eigentümer des Mutterschwarmes. Verfliegt er sich und fängt ihn ein Dritter, so ist derselbe ähnlich wie ein Finder einer verlorenen Sache zu behandeln. Er kann vom Eigentümer wohl Vergütung wegen seiner Tätigkeit fordern, muß den Schwarm aber herausgeben, sofern die Identität nachweisbar ist. So Bälz, Recht an Bienen 1890. Doch für das B.G.B. §§ 961 ff. ist die Biene ein „wildes" Tier geblieben. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 112 S. 319.

1) Tit. Dig. de rei vindicatione 6, 1, Tit. Cod. de r. v. 3, 32. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung gibt Wetzell, der römische Vindikationsprozeß 1845. Vgl. ferner Pfersche, die Eigentumsklage in s. privatrechtl. Abhandlungen 1886.

2) Über die alte zweiseitige vindicatio vgl. oben § 132 Anm. 5 und § 171. Das Nähere gehört dem römischen Zivilprozesse an.

Der Besitzer kann ferner die Sache auch der Eigentumsklage gegenüber bis zum Ersatze gewisser Verwendungen zurückhalten.

In der klassischen Zeit konnte der Eigentümer die Sache dem Besitzer mit der Eigentumsklage überhaupt nicht gegen dessen Willen geradezu entwinden.

Die Vindikation lief nämlich zur Zeit des Formularprozesses wie jede andere Vermögensklage in eine Geldkondemnation aus.[4] Zwar war sie arbitraria, d. h. der Richter legte dem Beklagten, falls sich die Klage als begründet erwies, die Restitution der vindizierten Sache durch einen Zwischenbescheid auf, aber dieser Befehl war nicht vollstreckbar.[5] Gehorchte ihm der Beklagte nicht, so war die Folge nur die, daß Kläger sein Geldinteresse bei der Restitution — die litis aestimatio — durch juramentum in litem einseitig feststellen konnte. Die Litisästimation galt als Kaufpreis; das Eigentum der vindizierten Sache ging für denselben auf den Beklagten über.[6] Der Besitzer konnte sich hiernach im Besitze der Sache behaupten, wenn er nur einen hohen Preis nicht scheute.

Das justinianische Recht hat diese den Besitzer schonenden Einrichtungen umgebildet. Der Restitutionsbefehl erhielt Vollstreckbarkeit.[7]

Gemeinrechtlich geht das Enturteil auf Herausgabe der Sache.[8] Verurteilung in Geld anstatt zur Herausgabe der Sache erfolgt nur für den Fall, daß die Vollstreckung in die Sache selbst tatsächlich untunlich wird.

Während nach römischem Rechte der besitzende Eigentümer die Klage um Eigentum in keiner Form hatte,[9] stehen derzeit dem Eigen-

---

3) l. 28 C. de r. v. 3, 32 Diocletianus: Res alienas possidens, licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

4) Die Formel der rei vindicatio lautete etwa: si paret hominem q. d. a. ex jure quiritium Ai Ai esse neque is homo arbitratu tuo Ao Ao restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemna, s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 41, Cicero in Verrem II 2, 12 § 31, vgl. Gaj. Inst. IV § 37, l. 1 § 1 D. de rei vind. 6, 1, Lenel, edictum perpetuum S. 145, siehe oben § 133.

5) Vgl. oben § 133 Anm. 3.

6) l. 46 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit, l. 35 § 2, l. 63 D. eod., l. 7 § 1 D. de Publ. in rem. a. 6, 2, l. 1, l. 3 D. pro emptore 41, 4.

7) l. 68 D. de r. v. 6, 1.

8) Schon nach der Auffassung der Glosse ist die Verurteilung zur Herausgabe der vindizierten Sache nicht mehr Zwischenbescheid, sondern Enturteil, gl. restituitur zu l. 68 D. cit. und die bei Landsberg, Glosse S. 284 zitierten Stellen. So auch B.G.B. § 985.

tümer, auch wenn er im Besitze ist, Feststellungsklagen zu Gebote, durch welche er die Frage des Eigentumes zur richterlichen Anerkennung bringen kann, sofern er an deren alsbaldiger Feststellung ein rechtliches Interesse hat.[10]

§ 225. Die Parteien bei der Eigentumsklage.

1. Nur der Eigentümer ist klageberechtigt.[1] Zessionare können zwar an Stelle des Eigentümers klagen.[2] Sie haben aber nur die Ausübung fremden Rechtes in eigenem Interesse. Denn grundsätzlich ist die Eigentumsklage Zubehör des Eigentumsrechtes.[3]

---

9) Der in § 2 I. de act. 4, 6 erwähnte „unus casus" wird meist als Fall der Eigentumsklage des besitzenden Eigentümers verstanden. Man hat ihn eifrigst gesucht. Indessen besteht — Bangerow Bd. 1 § 332 — wenig Hoffnung auf Einigung über die Lösung des Rätsels. Meist denkt man — schon die Glosse neget rem actoris esse zu § 2 I. de act. 4, 6. Landsberg, Glosse S. 274 — an eine Eigentumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinierenden Naturalbesitzer. Doch dieser Fall wird praktisch nicht vorkommen, da es der ungeschickteste Weg wäre, wenn der Kläger gegen seinen Detentor mit der Eigentumsklage vorginge, statt sein Recht gegen ihn possessorisch oder mit persönlichen Klagen zu verfolgen. Daher sprechen auch die Pandekten, welche die nähere Ausführung enthalten sollen, von diesem Falle nicht. Andere Meinungen siehe bei Bangerow Bd. 1 § 332 S. 652, vgl. auch Ubbelohde, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 401. Betrachtet man die Institutionenstelle genau, so ergibt sich, daß der berüchtigte „eine Fall" der Eigentumsklage — nicht existiert. Die §§ 1 und 2 cit. handeln nämlich von den dinglichen Klagen überhaupt. Sie besprechen zuerst die Eigentumsklage, dann die actio confessoria und schließen mit der negatoria. Hierüber äußert nun § 2 istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero, qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes optinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Dies soll unseres Ermessens nur heißen: in dem einen Fall der dinglichen Klage, von dem vorher gesprochen war — nämlich der actio negativa —, kann auch der Besitzer klagen, wie die Pandekten näher darlegen; mit der Eigentumsklage dagegen kann der Besitzer nicht klagen. Es ist nicht notwendig, den „casus" unter die „controversiae rerum corporalium" zu stellen; er bildet vielmehr den Gegensatz zu denselben.

10) C.P.O. § 256, siehe oben § 134.

1) Der römische Miteigentümer kann seinen ideellen Teil, aber nicht die ganze Sache vindizieren, über B.G.B. vgl. dessen § 1011.

2) Die Zession der Vindikation erwähnen u. a. l. 21, l. 63 D. de rei vind. 6, 1, l. 25 § 8 D. locati 19. 2, l. 14 pr. D. de furtis 47, 2, es regelt sie l. 9 C. de her. vel act. vend. 4, 39. Die Natur dieser Zession hat Jhering, Übertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer in seinen Jahrbüchern Bd. 1 n. 3 untersucht. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 und die dort zitierte Literatur. Inauguraldissertation Carvajal y Viana, Zession der r. v. Göttingen 1888, Stampe im Arch. f. z. Pr. Bd. 80 n. 8 und über die Zession von Miteigentumsansprüchen R.G. Bd. 27 S. 154.

3) Die Zession der dinglichen Klagen ist in vielen Beziehungen problematisch. Sie ist von der Zession der Forderungen in ihrer heutigen Gestalt wesentlich verschieden, denn diese begründet einen Übergang des Rechtes selbst, nicht der bloßen Ausübung. Die dingliche Klage dagegen bleibt stets Ausfluß des zu Grunde liegen-

2. Die utilis actio ad rem vindicandam von Nichteigentümern, welche öfter erwähnt wird, ist nicht, wie viele vermeinen, eine Eigentumsklage.[4]

Eine derartige Klage hat unter anderem der frühere Eigentümer einer Tafel, welcher sie durch Bemalung seitens eines Dritten verlor, auf Herausgabe des Bildes, falls ihm kein Ersatz geleistet wird,[5] ferner der Schenker auf Rückgabe der unter Auflegung von Alimenten verschenkten Sache wegen Nichterfüllung der Auflage,[6] wie auch die Ehefrau zur Rückforderung der bei Auflösung der Ehe bei ihrem Ehegatten noch vorhandenen Dotalobjekte.[7] Nicht weniger kann der schenkende Ehegatte die vom beschenkten Gatten für das geschenkte Geld erworbenen Objekte[8] und der Mündel die von seinem Vormunde mit Mündelgeld,[9] endlich der Soldat die mit seinem Gelde von Dritten angeschafften Objekte mit dieser utilis in rem actio beanspruchen.[10]

Diese Klage soll dem Kläger Besitz und Eigentum verschaffen, nicht aber bestehendes Eigentum zur Anerkennung bringen.[11] Es handelt

---

den dinglichen Rechtes und kann ohne dieses nur der Ausübung nach übertragen werden. Es hat jedoch keinen zureichenden Grund, wenn Ihering a. a. O. S. 113 eine Denunziation nur bei der Zession von Forderungen, nicht von dinglichen Klagen für anwendbar erachtet. Denn die Denunziation ist in der Tat, was Ihering in Abrede stellt, eine Konsequenz des Begriffes der Zession, nach welcher eben nur der Zessionar klageberechtigt sein soll. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 4 und dort Zitierte. Aber freilich kann die Wirkung der Denunziation einer Zession der dinglichen Klage vereitelt werden, wenn der Besitzer, welchem denunziert ist, den Besitz auf einen anderen überträgt, welcher die Denunziation nicht kennt. — Bestritten ist, ob die Zession ihre Wirkung behält, wenn der Zedent selbst der Besitzer wird. Hierfür ist u. a. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 1 S. 444, Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 12; dagegen Ihering a. a. O. S. 110. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 5, früher für die Bejahung, ist seit der 7. Aufl. zweifelhaft geworden. Doch für dieselbe spricht der Zweck der Zession der Vindikation. Auch wird sie durch l. 63 D. de R. V. 6, 1 unterstützt; vgl. Stampe a. a. O. Die Klage erlischt regelrecht mit dem Untergange des Rechtes der Zedenten, Ihering a. a. O. S. 112 u. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 8. — Vgl. für das B.G.B. dessen § 931, § 986 Abs. 2, siehe auch § 870 das.

4) Diese Klage hat zuerst eingehend Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 120 ff. behandelt. Seitdem wurde sie mehrfach Gegenstand der Erörterung, vgl. Kindervater in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 9, Camillo Brezzo, L'utilis actio del diritto romano, Torino 1889; B.G.B. kennt solche utilis vindicatio nicht.

5) Gaj. Inst. II § 78, § 34 J. de rer. div. 2, 1, vgl. auch l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

6) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54, siehe auch l. 15 C. de don. ante nupt. 5, 3.

7) l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

8) l. 55 D. de don. i. v. et u. 24, 1, vgl. ferner l. 29 § 1 und l. 30 D. eod.

9) l. 2 D. quando ex facto 26, 9, l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 324 — die dortige Ausführung halte ich nicht mehr fest, — Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882.

10) l. 8 C. de rei vind. 3, 32.

11) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus: Si

sich also um ein dingliches Recht auf Übereignung einer Sache, allerdings eine singuläre Art dinglicher Berechtigung.[12]

3. Beklagter ist der Besitzer,[13] sowie sein gesetzlicher Vertreter, z. B. der Konkursverwalter bezüglich der in der Masse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sachen.

Juristischer Besitz ist nicht erforderlich. Der Inhaber in fremdem Namen, z. B. der Depositar, Mandatar, Kommodatar, Mieter, kann daher wie der Besitzer verklagt werden, welcher durch ihn vertreten ist;[14] denn der Eigentümer muß im stande sein, jeden zu überwinden, der sich in Widerstreit mit seinem Rechte setzt und die Fähigkeit der Restitution hat.

Die Eigentumsklage gegen den bloßen Inhaber kann Härten im Gefolge haben. Denn dem Inhaber wird damit ein Prozeß aufgebürdet, an welchem er kein oder doch nur ein geringes Interesse hat, während sein an der Verteidigung vorzugsweise interessierter Autor nicht belangt wird. Oft wird auch nur dieser, nicht der Inhaber das Sachverhältnis genau kennen und die Beweisdokumente in den Händen haben. Es wird aber den berechtigten Ansprüchen des Eigentümers volles Genüge getan,

---

doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.

12) Jhering a. a. O. gelangte zu dem Resultate, daß die utilis in rem actio eine auf Übertragung des Eigentums gerichtete Klage sei, so daß sie bald die Übertragung schlechthin, bald nur eventuell für den Fall beanspruche, daß der Beklagte nicht im stande und bereit sei, eine Geldleistung zu beschaffen. Dies ergibt sich in der Tat aus den Quellen. Jhering nahm weiter an, daß diese Vindikation nur gegen den zur Eigentumsübertragung persönlich verpflichteten Eigentümer angestellt werden könne, daß es sich also nur um die Verstärkung einer persönlichen Klage handele. Diese Behauptung hat Jhering nicht bewiesen. Die Klage tritt als dingliche auf und muß also dingliche Kraft haben. Dies gibt Jhering insoweit zu, als er sie mit einem Aussonderungsrecht im Konkurse ausstattet. Man kann sie aber folgerecht dann auch gegen dritte Erwerber der Sache nicht verweigern. Da es sich jedoch um singuläre Billigkeit handelt, so mag man die Klage vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus gegenüber Dritten, welche das klägerische Recht beim Erwerbe nicht kannten, aus entgegengesetzten Gründen der Billigkeit versagen.

13) Über den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte besitzen muß, vgl. oben § 154 bei Anm. 10. — In Rom konnte der Kläger, wenn Beklagter den Besitz ableugnete, den Streit auf die Besitzfrage beschränken und erlangte dann, wenn er den Beklagten des Besitzes überführte, dessen Übertragung. Deshalb meint die l. 80 D. de r. v. 6. 1 geradezu: in rem actionem pati non compellimur, vgl. Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9 n. 2. Es handelt sich hierbei um eine Prozeßstrafe, welche durch die C.P.O. nicht aufgenommen ist, vgl. Seuffert im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 67 S. 333.

14) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, wo Pegasus als Vertreter einer Gegenansicht genannt wird. Nach B.G.B. § 985 kann der Eigentümer von „dem Besitzer" die Herausgabe der Sache verlangen. Darunter ist auch der mittelbare Besitzer des B.G.B. zu verstehen. Bürg. R. Bd. 3 § 119 Ziff. 2 S. 346.

wenn der Inhaber den Besitzer an seiner Statt als Verteidiger stellt. Hieraus rechtfertigt sich die nominatio auctoris, welche Konstantin bezüglich der Vindikation von Immobilien einführte, und die derzeit C.P.O. § 76 für alle Fälle gestattet und regelt, in welchen jemand als Besitzer einer Sache verklagt wird, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet.

Wenn derartige Beklagte nämlich vor der ersten Verhandlung zur Hauptsache ihrem Autor den Streit verkünden und ihn zur Erklärung laden, und außerdem ihren Autor — entweder schriftlich oder mündlich in der Verhandlung — dem Kläger benennen, so sind sie — die s. g. Nominanten — befugt, bis zur Abgabe der Erklärung und längstens bis zum Schluß des Termines, in welchem sich der Benannte — der s. g. Nominat — zu erklären hatte, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern.[15]

Der Benannte ist befugt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß an dessen Stelle zu übernehmen. Nur in dem Falle hat der Kläger hiergegen ein Widerspruchsrecht, wenn er selbständige Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht. Scheidet der Beklagte infolge der Nomination aus, so ist er nicht mehr Prozeßpartei, dennoch aber Prozeßinteressent. Denn die Entscheidung gegen seinen Autor wird auch gegen ihn rechtskräftig.

Folgt der Benannte der Ladung dagegen nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.[16] Er kann auch den Prozeß fortführen. Kommt der Kläger infolgedessen in den Besitz der Streitsache, so bleibt dem Benannten gleichwohl die Vindikation. Er hat nur die günstige Lage des Besitzes verloren. Das Erkenntnis gegen den Nominanten steht ihm nicht entgegen.

4. Die Eigentumsklage kann ferner gegen Nichtbesitzer wegen Dolus erhoben und durchgeführt werden im Fall der s. g. ficta possessio.[17]

a) Wer nämlich vor dem Prozeßbeginn „dolo desiit possidere", ist zu verurteilen, wie wenn er besäße.[18] Es gehören hierher dolose

---

15) l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 und zu dieser Verordnung Wieding, der justinianische Libellprozeß S. 630. Vgl. über die Entwicklung des Institutes Kannegießer, die prozeßhindernde Einrede, ein Beitrag zur nominatio auctoris 1878.

16) Ob der Detentor seinem Autor gegenüber zur laudatio auctoris verpflichtet ist, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem er zu demselben steht. Dem Kläger gegenüber besteht keine Verpflichtung zur Nomination, sondern nur ein Recht. So jedenfalls nach C.P.O. § 76.

17) Nach B.G.B. richtet sich die Haftung nach den für unerlaubte Handlungen geltenden Grundsätzen. Vgl. aber auch Bürg. R. Bd. 3 § 119 Ziff. 5 S. 349.

18) l. 131 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 22 ad edictum: Qui dolo

Veräußerung und Vernichtung der Sache des Klägers vor dem Prozeßbeginne.[19] Culpa lata steht dem dolus gleich.[20]

b) Wer liti se optulit, d. h. sich fälschlich, den Kläger täuschend, für den Besitzer ausgibt und sich so auf den Prozeß einläßt, ist gleichfalls zu verurteilen, wie wenn er besäße.[21 22]

Im Grunde handelt es sich um Deliktsklagen in Form einer Vindikation. Aber die Wertung ist eine eigenartige. Denn nicht der Schaden wird abgemessen, den der Dolus des Beklagten dem Kläger verursachte, vielmehr wird ihm der Sachwert schlechthin zugesprochen, wenn es dem Beklagten nicht gelingt, die Sache vor dem Endurteile herbeizuschaffen und sich durch deren Auslieferung zu befreien.[23] Demungeachtet bleibt dem Eigentümer die Vindikation der Sache gegen den

---

desierit possidere. pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1. Dieser Rechtssatz wird in der l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1 von Paulus auf das S. C. Juventianum aus der Zeit Hadrians zurückgeführt, vgl. l. 20 § 6 c D. de her. pet. 5, 3. l. 25 § 8 D. eod; in der Tat beruht er aber auf älterer römischer Praxis. Denn Pomponius, Gajus, Julianus behandeln ihn als einen feststehenden und bilden ihn in die feineren Details hinein aus, l. 36 pr.. l. 52. l. 70 D. de rei vind. 6, 1. Die Berufung auf das Senatuskonsult durch Paulus geschah also nur, um die Praxis durch die Autorität eines Gesetzes weiter zu stützen. Vgl. Demelius, Exhibitionspflicht S. 185 ff. einerseits, Lenel, edictum S. 173 andererseits.

19) l. 9 pr. D. ad exhibendum 10, 4. Gegen die Zulässigkeit der r. v. im Falle doloser Vernichtung der Sache Czyhlarz, Wiener Festschrift für Unger S. 21 ff.

20) l. 9 § 4 D. ad exhibendum 10. 4. Demelius a. a. O. S. 190. Die Behauptung, daß der malae fidei possessor der Vindikation auch unterliege, wenn er den Besitz durch culpa levis vor der Klageerhebung verlor, ist, wie Windscheid Bd. 1 § 193 Anm. 13 mit Recht bemerkt, aus den Quellen nicht zu begründen. Diese machen den malae fidei possessor nur wegen Verschlechterung vor dem Prozeßbeginne verantwortlich, die durch seine Schuld geschah, l. 25 § 2, l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3, l. 45 D. de rei vind. 6, 1. Anderer Ansicht Wächter, Erört. Heft 3 S. 130; Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 n. III 1 b; Savigny Bd. 6 S. 167; und von anderer Seite Brinz Bd. 1 S. 662 Anm. 13.

21) Vorausgesetzt ist Einlassung auf die Klage, vgl. l. 25 D. de rei vind. 6, 1. Etwas anderes wird auch in l. 27 pr. D. eod. nicht gesagt; Wächter, Erört. Heft 3 S. 128. Anderer Ansicht ist Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 III 1 a.

22) Dieser Fall der Vindikation stellte sich erst in der Zeit Hadrians fest. Noch Celsus libro 4 Digestorum l. 45 D. de her. pet. 5, 3 gab nur einen Anspruch wegen Dolus auf das Interesse des Klägers: et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi. Die Schwierigkeit der Abschätzung war es wohl, was andere Juristen dazu bestimmte, die Vindikation zuzulassen, l. 13 § 13 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri. Auf diesen Gang der Entwicklung hat Demelius, die Exhibitionspflicht S. 191 ff., aufmerksam gemacht.

23) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3.

Besitzer, auch nachdem er deren Wert vom fictus possessor beigetrieben hat.[24] [25]

5. Wer gutgläubig besaß, den Besitz aber vor der Klageerhebung verlor, unterliegt der Vindikation nicht. Hat er aber gegen Entgelt veräußert, so haftet er dem Eigentümer persönlich bis zum Belaufe seiner Bereicherung, wenn die Sache nachher unterging und demzufolge nicht mehr vindiziert werden kann.[26] [27]

§ 226. Form und Inhalt der Vindikation.

1. Wer in Rom mit der Eigentumsklage auftrat, mußte die vindizierte Sache von vornherein individuell genau bezeichnen und damit dem Verfahren eine ganz bestimmte Grundlage geben.[1]

Aus besonderen Gründen gewährte man Erleichterungen.[2] Eine solche bildete die altüberlieferte Vindikation einer Herde. Denn hier hatte der Kläger zunächst nur das Eigentum an der Herde im ganzen

24) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3, l. 7 D. de r. v. 6. 1, l. 95 § 9 D. de solut. 46, 3. Der fictus possessor, welcher die Litisästimation leistet, kann die Zession der Klage des Eigentümers gegen den wirklichen Besitzer nicht fordern, l. 69, l. 70 D. de rei vind. 6, 1.

25) Der Erbe ist nach den Grundsätzen der Deliktsklagen verhaftet, l. 52 D. de r. v. 6, 1.

26) Die Quellen reden bald von einer condictio, bald von einer actio negotiorum gestorum directa. Voraussetzungen und Umfang des Anspruches sind bestritten. Nicht Wenige gewähren die Klage nur gegen redliche Besitzer ohne Titel. So Ihering, Abhandlungen S. 78; Wächter, Erörter. Heft 2 S. 98; Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 43; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 16 S. 306. Gegen die Beschränkung auf untitulierte Besitzer erklärt sich Windscheid: zwei Fragen aus der Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung, Leipziger Universitätsprogramme 1878 — wo S. 4 Anm. 1 sich weitere Literatur findet — und Krüger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 13. Die Quellenstellen gehen allerdings von Fällen untitulierten redlichen Besitzes aus, l. 23 D. de reb. cred. 12, 1. l. 48 D. de neg. gest. 3, 5, l. 30 pr. D. de a. e. v. 19, 1 in fine. Indessen besteht kein innerer Grund, die Klage hierauf zu beschränken. — Der Kläger ist befugt, den vom Beklagten erlösten „Kaufpreis" zu beanspruchen, dem Beklagten steht der Beweis der Einrede offen, daß die Sache zur Zeit des Verkaufs einen geringeren Wert hatte. R.G. Bd. 25 S. 130. Eine weitere Frage ist, ob der Beklagte von dem Erlöse der Sache abziehen darf, was er seinerseits beim Erwerbe für sie gab. Auch dies verneint Windscheid a. a. O. S. 37, jedoch sicher mit Unrecht. Denn dann würde der frühere Besitzer über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften, vgl. Zimmermann a. a. O. S. 53, Krüger a. a. O. S. 388. Auch Verwendungen, und zwar selbst luxuriöse, die er auf die Sache machte, wird er abziehen dürfen; sie mindern gleichfalls seine Bereicherung. Über B.G.B. vgl. § 816 Abs. 1 desselben.

27) Über Veräußerung nach der Klageerhebung — l. 17 pr. D. de r. v. 6, 1 — vgl. Pacchioni in d. stud. giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 101 ff.

1) l. 6 D. de rei vind. 6, 1.

2) Der Miteigentümer mußte in der Regel die Größe der eingeklagten Quote in der Klage angeben; doch ließ man aus besonderen Gründen ausnahmsweise eine vindicatio incertae partis zu, l. 76 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

zu behaupten und zu beweisen. Erst wenn dies festgestellt war, kam es im weiteren Verfahren zur Ausmittelung der einzelnen Stücke, die ihm gehörten.[3]

Auch im heutigen Prozesse muß der Kläger natürlich den Gegenstand, um den es sich handelt, von vornherein derart bezeichnen, daß daraufhin Verteidigung und Verurteilung möglich ist. Aber eine spezielle Beschreibung des Objektes in der Klage ist nicht mehr schlechthin nötig. Man kann z. B. ein Gut vindizieren vorbehaltlich der späteren Ermittelung der in ihm enthaltenen Grundstücke; nicht weniger kann man Sachgesamtheiten, z. B. ein Warenlager, das Inventar eines Landgutes, in der Art einklagen, daß zuerst das Recht des Klägers im allgemeinen festgestellt und dann erst über die einzelnen zugehörigen Stücke verhandelt wird.[4]

2. Der Kläger hat sein *Eigentum* zu beweisen,[5] nicht weniger

---

3) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 294. Über die vindicatio gregis vgl. l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 23 § 5 D. eod., l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 452; Exner, Tradition S. 216; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 96, siehe auch oben § 68 Anm. 7. Viele Schriftsteller behaupten freilich, daß *Herden* und andere Naturganze wie einheitliche Sachen *Gegenstand des Eigentumes* seien, daß man daher eine Herde als solche „unabhängig von dem rechtlichen Verhältnisse der einzelnen Stücke" in Anspruch nehmen könne, so daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche „als einzelne nicht im Eigentume des Klägers ständen", herausgeben müsse, nur nicht die ihm selbst gehörenden. So Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 6. Doch welchen inneren Grund hätte es, daß der Kläger, was ihm nicht gehört, dem besitzenden Beklagten entreißen könnte! Die Quellen wissen hiervon nichts. l. 2 D. h. t. „in restitutionem non veniunt aliena capita". Siehe Dernburg, Pfandrecht S. 456; Exner a. a. O. — Auch die Ansicht von Exner, daß, wer den Beweis des Eigentumes an der Mehrzahl der Stücke geführt habe, die *Vermutung* des Eigentumes der übrigen Stücke habe, ist nicht zu begründen. Die vindicatio gregis bezweckte Vindikation der einzelnen Stücke unter prozessualischer Erleichterung bezüglich der Angabe der Zahl und der Beschaffenheit des Herdenviehes in der Klage. Nicht im Widerspruche steht l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2. Wer eine Herde vindizierte und dieselbe, wenn auch nach Vermehrung durch andere Stücke, später nochmals vindiziert, fordert die früher eingeklagten Stücke nochmals, wenn auch vielleicht das zweite Mal zugleich mit anderen. Um deswillen steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen. Die nach dem ersten Prozesse hinzugekommenen Stücke besonders zu vindizieren, ist dagegen nicht verwehrt. Vgl. noch Seuff. A. Bd. 3 n. 329, Bd. 7 n. 283, Bd. 13 n. 308, Bd. 28 n. 108. — Siehe auch Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 120.

4) So auch Kohler a. a. O. Die Römer sind so weit nicht gegangen, l. 3 § 1 D. de rei vind., vgl. auch l. 56 D. eod. — Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 8 seit der 5. Auflage hält, entgegen seinen früheren Auflagen, eine Vindikation von Sachgesamtheiten, die nicht Naturganze sind, für unzulässig. Denn die „Quellenzeugnisse reichen über die Herden nicht hinaus". Wer, wie wir, die Frage als eine prozessualische betrachtet, kann den römischen Prozeßvorschriften keine praktische Bedeutung beilegen.

5) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, l. 11 C. de pet. her. 3, 31, l. 2 C. de probat. 4, 19. Mitteis, Reichsrecht S. 501 nimmt an, daß diese Verordnungen durch den Gegensatz gegen das hellenistische Recht der s. g. „Diadikasie" hervorgerufen wurden, bei welcher das relativ bessere Recht eines der Streitenden entschied.

den Besitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung oder Dolus desselben, welcher ihn wie einen Besitzer haftbar macht.[6]

Der Beweis des Eigentumes geschieht durch Darlegung eines Erwerbstitels. Stützt sich der Kläger auf derivativen Erwerb, so hat er auch das Eigentumsrecht seiner Rechtsvorfahren darzutun.[7] Doch genügt äußerstenfalls der Nachweis des Besitzes während der Ersitzungszeit.[8]

3. Gegenstand der Klage und der Verurteilung ist Anerkennung des Eigentumes des Klägers durch den Richter.

Hieran schließt sich die Verurteilung zur Herausgabe der Sache und ihres Zubehöres,[9][10] außerdem aber auch zu Leistungen persönlicher Natur. Dabei greift der Unterschied zwischen redlichen und unredlichen Besitzern ein.

a) Der redliche Besitzer ist für die Zeit vor der Klageerhebung nicht verantwortlich.[11] Von der Klageerhebung an steht er für Verschuldung ein.[12]

---

6) l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1.

7) Dies ist Streitfrage. Die hier verteidigte Ansicht war schon zur Zeit der Glossatoren herrschend. Aber bereits damals gab es Dissentienten, vgl. Landsberg, Glosse S. 269. Für die strengere Auffassung sind u. a. Glück Bd. 8 S. 156, Bangerow Bd. 1 § 332 Anm. 1, Windscheid Bd. 1 § 196 Anm. 3. Eine laxere Auffassung, wonach der Nachweis des Eigentumes der Rechtsvorgänger auch bei derivativem Erwerbe nicht nötig sein soll, vertritt u. a. Thibaut im Archiv für ziv. Praxis Bd. 6 n. 15, Brinz Bd. 1 § 168, Wendt im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 76 S. 307, Pflüger daselbst Bd. 77 S. 16, Bd. 78 n. 8. Man findet es natürlicher, gerechter und der überhaupt auf Glaubhaftigkeit, nicht Evidenz angewiesenen Theorie des Beweises entsprechender, den Kläger, der ein Eigentumserwerbsgeschäft nachweise, so lange als Eigentümer zu erachten, als Beklagter nicht ebensoviel für sich oder das Nichteigentum des Gegners erhärtet. Aber ein Eigentumserwerbsgeschäft ist leicht herzustellen und geht oft unter bedenklichen Umständen vor sich, kann daher Eigentum allein nicht dartun. Auch ist nicht zu vergessen, daß jede Erleichterung, die wir dem Vindikanten zugestehen, den Besitzer beschwert. So auch Meyer im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 77 n. 14 und Bd. 79 n. 12. Sind die Voraussetzungen der Publiciana vorhanden, so siegt der Kläger als publizianisch Berechtigter, sofern sich seine Vindikation, was in der Regel der Fall sein wird, als eventuelle Publiciana auffassen läßt. Vgl. unten § 228 am Ende. Manche verlangen freilich ausdrückliche Kumulation.

8) B.G.B. § 1006 bestimmt: „Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei". Der frühere Besitzer entkräftet aber diese Vermutung durch den Nachweis seines unfreiwilligen Besitzverlustes. Weiter wird bestimmt: „Zu Gunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei". Damit wird der Eigentumsbeweis sehr erleichtert. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 121 S. 355.

9) Vgl. l. 246 § 1 D. de V. S. 50, 16. Es sind auch die Pertinenzen — oben § 77 — herauszugeben, sofern sie nicht dem Beklagten gehören. Doch heben dies die Quellen nicht speziell hervor.

10) Was den Ort der Restitution anlangt, so hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen zu restituieren, wo sie sich befinden; doch kann der Kläger ihre Restitution am Klageorte auf seine Gefahr und Kosten fordern. Der unredliche Besitzer, welcher die Sache von dem Orte wegbrachte, an dem er den Besitz überkam, hat sie dorthin auf seine Kosten zurückzuliefern, l. 10, l. 11, l. 12 D. de rei vind. 6, 1.

Der unredliche Besitzer dagegen ist wegen Nachlässigkeit auch verantwortlich, wenn sie sich vor dem Prozeßbeginne ereignete. Vom Prozeßbeginne an steht er sogar für Zufall ein, es sei denn, daß dieser nachweisbar auch den Kläger getroffen hätte, wenn die Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes herausgegeben worden wäre.[13]

b) Der redliche Besitzer hat die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm vorhandenen Früchte zu restituieren,[14] ferner zu erstatten, was er *nach der Klageerhebung* aus der Sache gewonnen hat, sowie auch, was er nach derselben aus ihr als guter Hausvater hätte gewinnen können und sollen.[15]

Der unredliche Besitzer hat allen Gewinn herauszugeben, den er aus der Sache vor oder nach der Klageerhebung gezogen hat, ferner was er vor dem Prozeßbeginne nachlässigerweise aus der Sache zu ziehen versäumte. Nach dem Prozeßbeginne hat er zu ersetzen, was der *Eigentümer* hätte ziehen können, selbst wenn der Besitzer persönlich nicht im stande war, derartigen Gewinn zu machen.[16]

4. Das Recht des Klägers, sein Interesse einseitig durch juramentum in litem zu taxieren, wenn der Beklagte die Sache ungehorsamerweise

---

11) Vgl. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum ... nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi rem suam neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

12) l. 21, l. 36 § 1, l. 45 D. de rei vind. 6, 1, siehe oben § 154 Anm. 15. Ebenso B.G.B. § 989. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 120 S. 352 ff.

13) Siehe oben § 154 Anm. 13, 14. So im wesentlichen auch nach B.G.B. §§ 990, 992. Vgl. Bürg. R. a. a. O.

14) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. oben § 205.

15) § 2 J. de officio judicis 4, 17 ... si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Vgl. R.G. Bd. 3 S. 202. Nach B.G.B. gibt der redliche Besitzer nur die nach der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen heraus und leistet Ersatz für die nach diesem Zeitpunkt schuldhafterweise nicht gewonnenen, § 987. Geschah der Besitzerwerb unentgeltlich, so hat er die vorher gezogenen Nutzungen als ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten, § 988. Vgl. Bürg. R. a. a. O.

16) l. 62 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum: Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an *petitor* frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat. Vgl. l. 4 C. unde vi 8, 4. Savigny Bd. 6 § 217 behauptet, der bösgläubige Besitzer habe nur die Früchte zu ersetzen, wegen deren Vernachlässigung ihn ein Vorwurf treffe. — Vgl. hiergegen Wächter, Erört. Heft 3 S. 133, Vangerow Bd. 1 § 333 II 1c, Windscheid Bd. 1 § 124 Anm. 6. Allerdings äußern einige Stellen, der malae fidei possessor hafte für das, was er „percepit aut percipere poterat", so namentlich l. 5 C. de rei vind. 3, 32. Dabei ist aber an Fälle gedacht, in denen der Kläger nicht mehr aus der Sache hätte ziehen können als der Beklagte. Konnte der Kläger höheren Gewinn erzielen als der Beklagte, so hat dieser den Ersatz um deswillen zu leisten, weil ihn die Schuld an dem klägerischen Verlust dadurch trifft, daß er die Sache nicht rechtzeitig herausgab.

nicht herausgibt,[17] besteht nach der C.P.O. in römischer Weise nicht mehr. Vielmehr unterliegt es dem Ermessen des Richters, ob der Beweisführer zu einer einseitigen eidlichen Taxation seines Interesses zu verstatten ist.[18]

§ 227. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation.

Nicht selten ist der Besitzer zur *Zurückhaltung* der vindizierten Sache befugt.

I. Dies ist der Fall, wenn ihm ein dingliches Recht auf Besitz oder Innehabung, z. B. Faustpfandrecht oder Nießbrauch, zusteht,[1] ferner wenn ihm eine nicht willkürlich widerrufbare Konzession des Besitzes seitens des Eigentümers erteilt ist, z. B. auf Grund eines suspensiv bedingten Veräußerungsgeschäftes für die Zeit des Obschwebens der Bedingung.[2] Nach heutigem Rechte unterliegt auch der Mieter und Pächter, solange er kontraktgemäß in der Mietsache ist, der Vindikation des Vermieters nicht.[3]

II. Auch wegen *Verwendungen*, die er auf die fremde Sache machte, kann dem Besitzer ein *Rückhaltungsrecht* zustehen.[4] [5]

1. Hinsichtlich der Verwendungen unterscheidet man:

a) *notwendige* — necessariae — *welche die ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringt*, z. B. zur Erhaltung beschädigter Gebäude oder Dämme, zur Neuerrichtung für die Wirtschaft erforderlicher Scheunen oder durch Änderung des Stromlaufs notwendig werdender Dämme.[6]

17) l. 2, l. 5 pr. D. de in litem jurando 12, 3.

18) C.P.O. § 287.

1) Nach der nov. 18 cap. 10 durfte sich der Beklagte, welcher das Eigentumsrecht des Klägers bestritten und diesen hierdurch zum Beweise genötigt hatte, nicht hinterher in demselben Prozesse auf ein vom Kläger herkommendes dingliches Recht, z. B. ein Pfandrecht, berufen. Er mußte vielmehr die Sache herausgeben und sein angebliches dingliches Recht klagend verfolgen, Windscheid Bd. 1 § 197 Anm. 1. Diese prozeßrechtliche Vorschrift ist durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 außer Kraft gesetzt.

2) l. 7 § 3 a. E. D. de jure dotium 23, 3.

3) Vgl. Ziebarth, Obligation und Realexekution S. 40. Der Satz entspricht freilich dem reinen römischen Rechte nicht.

4) W. Sell in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 8 und 9; Leist, zivil. Studien Heft 2 S. 11 ff.; Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 382 ff.; Petražycki, Einkommen 1. S. 291 ff., S. 150 ff. — Die Impensenansprüche des Besitzers einer *Erbschaft* wurden im entwickelten römischen Rechte anders gestaltet, als die des Besitzers einer einzelnen Sache. — Es muß sich nicht notwendig um körperliche Veränderungen der Sache handeln; auch Vermessungen, Pläne, Kostenanschläge können hierher gehören; Leist, Studien Heft 2 S. 25.

5) l. 48 D. de rei vind. 6, 1, abgedruckt unten Anm. 13. Es ergibt sich hieraus, daß diese Gegenansprüche nicht vor der Kaiserzeit Anerkennung fanden.

b) Nützliche — utiles, Meliorationen — hierüber hinausgehende, der Steigerung des Einkommens[7] oder Erhöhung des Verkaufswertes der Sache dienende, z. B. Erbauung von Mietshäusern oder Errichtung einer Zuckerfabrik auf einem Landgut.[8]

c) Luxusausgaben — voluptuariae — ohne wirtschaftlichen Nutzen.[9]

2. Jedem Besitzer, dem unredlichen wie dem redlichen, sind die von ihm gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen.[10]

Erstattung nützlicher Auslagen kann der redliche Besitzer in der Regel fordern, soweit sie den Wert der Sache noch zur Zeit ihrer Herausgabe vermehren, jedoch nie über den aufgewendeten Betrag hinaus.[11]

Bezahlung von Luxusausgaben kann auch der redliche Besitzer dem Eigentümer nicht ansinnen.

Verwendungen, für die er keinen Ersatz erhält, darf jeder Besitzer

---

6) Die hergebrachte Definition bezeichnet nach l. 79 pr. D. de V. S. 50, 16 als notwendige Verwendungen, die „zur Erhaltung" der Sache unentbehrlichen. Mit Recht führt aber Petražycki a. a. O. aus, daß einerseits auch neue Anlagen, welche durch die ordentliche Bewirtschaftung eines Gutes gefordert sind, notwendige bilden, vgl. l. 1 § 3 D. de impensis 25, 1 „pistrinum vel horreum necessario factum", l. 7 § 16 D. sol. matr. 24, 3 „si novam villam necessario exstruxit", und daß andererseits Aufwendungen zur Erhaltung überflüssiger Sachen nichts weniger als notwendige sind l. 9 (10) § 1 D. de neg. gest. 3, 5. Wir schließen uns daher der Begriffsbestimmung von Petražycki a. a. O. an.

7) Ulp. fragm. VI § 16, l. 5 § 3, l. 6 D. de impensis 25, 1.

8) l. 10 D. de impensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

9) l. 7 D. de impensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

10) Der Dieb aber hat keinerlei Ersatzansprüche, l. 13 D. de cond. furtiva 13, 1, l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. Der Dieb, welcher das reife Getreide eines anderen für sich abmäht und drischt, kann also, ertappt, nicht „Tagelohn" als Verwendung fordern. Anderen bösgläubigen Besitzern werden notwendige Verwendungen ersetzt nach l. 5 C. de rei vind. 3, 32 von Gordian, vgl. übrigens l. 38 D. de her. pet. 5, 3. Nach B.G.B. § 994 werden notwendige Verwendungen, die von einem bösgläubigen Besitzer oder nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit vorgenommen werden, nur nach den Vorschriften über die negotiorum gestio ersetzt. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 123 S. 360.

11) Celsus libro 3 digestorum l. 38 D. de rei vind. 6, 1. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet . . . finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum, constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias, finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Ebenso B.G.B. § 996, doch unter Beschränkung auf die vor der Rechtshängigkeit gemachten Aufwendungen. Vgl. Bürg. R. a. a. O.

wegnehmen, sofern er die Sache wieder in den früheren Stand versetzt — jus tollendi. Nicht gestattet ist aber die Wegnahme, wenn sie ohne pekuniären Nutzen für ihn ist.[12]

Der redliche Besitzer muß sich den ihm zugefallenen Fruchtnutzen auf seine Forderungen wegen Verwendungen anrechnen lassen.[13]

Die periodisch wiederkehrenden s. g. laufenden Ausgaben, insbesondere die unmittelbaren Kosten der Fruchtbestellung, mindern den Fruchtertrag. Sie fallen daher stets dem zur Last, welchem die Früchte zukommen.[14]

3. In der Regel kann der Rechtsnachfolger auch diejenigen Verwendungen in Rechnung stellen, welche seine Rechtsvorfahren auf den Klagegegenstand machten, da er sie von diesen gewissermaßen mit erworben hat.[15]

4. Die Tatsache der Verwendung allein berechtigt aber höchstens, die Sache, auf welche sie geschah, — mittels s. g. exceptio doli generalis[16] — zurückzuhalten.[17]

Eine Klage auf Ersatz von Verwendungen bedarf eines besonderen Rechtsgrundes.[18]

§ 228. Die publizianische Klage.[1]

I. Die publizianische Klage soll redlichen titulierten Erwerbern den Besitz im Falle des Verlustes zurückverschaffen. Sie ist der Eigentumsklage nachgebildet. Doch greift sie nicht, wie diese, jedermann gegenüber

12) l. 37 D. de rei vind. 6, 1. — Vgl. hierüber Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 384 und die oben Anm. 11 abgedruckte l. 38 D. eod. Ebenso B.G.B. § 997.

13) l. 48 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 2 responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet ei fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

14) Petražycki, Einkommen S. 151, vgl. unten § 248 im Text vor Anm. 27, l. 46 D. de usuris 22, 1, l. 7 pr. D. soluto matrimonio 24, 3, l. 3 § 1, l. 16 D. de inpensis 25, 1, l. 1 C. de fructibus 7, 51, l. 6 § 3 D. de operis serv. 7, 7.

15) Ebenso B.G.B. § 999.

16) Vgl. oben § 138 Ziff. 4.

17) l. 48 D. de rei vind. 6, 1 — oben Anm. 13 —, l. 33 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 14 D. de doli mali exc. 44. 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3 — anders in l. 5 § 2 D. de inpensis 25, 1. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 422 Anm. 7.

18) Anders B.G.B. § 1002, doch mit kurzer Befristung für die Klage auf Ersatz der Verwendungen; vgl. Bürg. R. Bd. 3 S. 362.

1) Tit. Dig. de Publiciana in rem actione 6, 2, Lenel, edictum S. 129, Deurer, Schutz des relativ besseren Rechts in Jherings Jahrb. Bd. 1 n. 5, Carusi, l'azione Publiciana in diritto Romano 1889, siehe auch die oben § 193 Anm. 1 Angeführten, vgl. ferner § 194 Anm. 1.

durch, führt vielmehr nur gegenüber minderberechtigten Besitzern zum Siege.[2] Es liegt ihr der Gedanke zu Grunde, daß der gutgläubige titulierte Erwerber, auch wenn er nicht Eigentümer wird, dennoch ein dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache hat.[3]

Die Bildung der publizianischen Klage wurde durch eine Fiktion vermittelt. Man fingierte nämlich, daß der Kläger die eingeklagte Sache während der vollen Ersitzungszeit besessen habe. Wäre er unter dieser Unterstellung auf Grund des Vorhandenseins der anderen Voraussetzungen der Ersitzung Eigentümer geworden, so soll er wie ein Eigentümer behandelt werden.[4] Die Beziehung auf die Ersitzung gab dem Anspruche des gutgläubigen Erwerbers Form und Gestalt. Aber sie legte seiner Entwicklung auch Fesseln an und brachte etwas Fremdes in das Institut.

II. Die Voraussetzungen der Klage sind folgende:

1. Ein Erwerbstitel seitens des Klägers. Vom Kaufe ging man aus.[5] Andere Eigentumserwerbsgründe wurden gleichgestellt.[6] Auch bloße Putativtitel müssen wie bei der Ersitzung genügen.[7]

2. Besitzerwerb und Besitzverlust.

In gewissen Fällen gab man publizianische Klagen Berechtigten, die niemals selbst im Besitze gewesen waren.[8]

---

2) Die publizianische Klage ist nach B.G.B. § 1007 ersetzt durch den Anspruch aus früherem Besitz einer beweglichen Sache zu Gunsten gutgläubiger Besitzer, welche den Besitz unfreiwillig verloren haben, also nicht bloß der Eigenbesitzer, sondern auch von Mietern, Findern. Titel ist nicht erforderlich. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 S. 124.

3) Vgl. oben § 194.

4) Die Klageformel lautete: si quem hominem As As emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporteret, si is homo Ao Ao arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam c. s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 36. Lenel, edictum S. 131. Anders Carusi a. a. O. cap. I, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 139 S. 1208, Seeler, Sav.-Ztschr. rom. Abt. Bd. 21 S. 58. Vgl. § 4 J. de act. 4, 6. Über das Edikt siehe oben § 193 Anm. 8.

5) Vgl. die in Anm. 4 enthaltene Klageformel. Nach Regulierung des Kaufpreises wurde nicht gefragt, l. 8 D. de Publ. in rem actione 6, 2.

6) l. 3 § 1, l. 13 pr. § 1 D. h. t. 6, 2.

7) l. 5 D. h. t. 6, 2. Ulpian erachtet in l. 7 § 2 D. h. t. 6, 2 Kauf von einem Wahnsinnigen für genügend, Paulus verwirft in der l. 2 § 16 D. pro emptore 41. 4 die Publiciana auf Grund eines solchen Kaufes. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich die Antinomie durch die Annahme lösen, daß die letztere Stelle dem Käufer die actio Publiciana nur gegen seinen Autor versage, weil er wegen der Nichtigkeit des Kaufgeschäftes der exceptio dominii desselben keine replicatio rei venditae et traditae entgegenstellen könne. So schon die Glosse ergo zu l. 7 § 2 D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 176 — und viele Neuere, z. B. Vangerow Bd. 1 § 335 S. 667, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 5; siehe dort weitere Literatur.

8) Das publizianische Edikt und die Formel der publizianischen Klage forderten Tradition an den Kläger, und die römische Jurisprudenz bezeichnet als regelmäßige Klagebedingung „Besitzverlust", Gaj. Inst. IV § 36, § 4 J. de act.

3. Redlichkeit zur Zeit des Kaufes und des Besitzerwerbes.[9] Bei Titeln anderer Art muß Redlichkeit zur Zeit des Besitzerwerbes genügen.[10]

Da die Ersitzung nach dem kanonischen Recht Redlichkeit während des ganzen Laufes der Ersitzungszeit erfordert, so verlangen manche Schriftsteller auch für die publizianische Klage Fortdauer des redlichen Besitzes. Dem ist nicht beizutreten. Die Beziehungen der publizianischen Klage zur Ersitzung sind vorzugsweise historische, so daß die Weiterentwicklung der Ersitzung keineswegs unmittelbar auch eine

4, 6, l. 6, l. 9 § 6, l. 12 § 7, l. 13 pr. D. h. t. 6, 2. Dennoch erachtet die herrschende Meinung seit der Glosse sunt et aliae zu l. 3 pr. D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 325 — Besitzerwerb und Besitzverlust nicht als wesentliche Voraussetzung. Den schärfsten Ausdruck hat der herrschenden Meinung wohl Windscheid Bd. 1 § 199 Ziff. 2 gegeben; „daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei", lehrt er, „ist nicht notwendig", und er fügt erläuternd hinzu: „Besitzerwerb ist Erfordernis des dem redlichen Erwerber zu gewährenden Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandteil der Erwerbstatsache ist, auf welche er sich beruft." Hiernach gäbe namentlich der Titel des Legates die publizianische Klage selbst dann, wenn der Legatar, dem der Nichteigentümer vermachte, nie im Besitz gewesen wäre. Doch schärfere Prüfung zeigt, daß dies weder mit den Grundprinzipien des Rechtes noch auch trotz täuschenden Scheines mit den Quellen vereinbar ist. Man denke: A. ist nicht ganz 30 Jahre im redlichen Besitze eines Grundstückes, ohne einen Titel nachweisen zu können, B., welcher weder Besitz, noch Titel, noch Redlichkeit hatte, aber Ansprüche auf das Grundstück erhob, vermacht es schließlich seinem Sohne C., welcher an die Ansprüche seines Erblassers glaubt. Kann nun C. auf Grund seines Titels den A. mit der actio Publiciana aus dem Besitz setzen? Dies wäre sicher irrationell. Man mißversteht die Quellen, wenn man derartiges aus ihnen folgert, vgl. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 36. a) Die Hauptstütze der herrschenden Lehre ist l. 1 §§ 1 und 2 D. de Publiciana actione 6, 2, Ulpianus libro 16 ad edictum: Merito praetor ait „nondum usucaptum": nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum. Gewöhnlich liest man aus diesem Passus heraus, „Legat" stehe ohne Besitzübertragung der Tradition gleich. Doch nicht um Tradition handelt es sich hier, sondern um die Edikтsworte „nondum usucaptum". Nichts anderes bemerkt Ulpian, als: wie der Kläger nicht auf die Publiciana verwiesen ist, wenn er usukapiert hat, so ist ihm diese auch nicht mehr notwendig, wenn er in anderer Weise, z. B. durch Legat, Eigentümer geworden ist, Lenel a. a. O. — Daß Legat und mortis causa donationes vom Nichteigentümer die Publiciana nur amissa possessione erzeugen, deutet l. 2 D. h. t. an. b) Nach l. 7 D. h. t. begründet die Adjudikation die Publiciana; des Besitzerwerbes wird hierbei nicht gedacht. Dies beweist aber sehr wenig. Es handelt sich um die Untersuchung, welche causae justae seien, und es wird die Adjudikation hierher gerechnet; die sämtlichen Erfordernisse der Publiciana daneben aufzuführen, konnte dem Juristen nicht in den Sinn kommen. c) Eine Publiciana ohne vorgängigen juristischen Besitz findet sich im Spezialfalle der l. 15 D. h. t., vgl. l. 9 § 6 D. eod. d) Die Publiciana des Universalfideikommissars, dem ex S. C. Trebelliano restituiert ist, ist besonderer Art. Daß sie Eigentum oder publizianischen Besitz des Erblassers voraussetzt, ist nicht zu bezweifeln, l. 12 § 1, l. 7 § 12 D. h. t. Unsere Auffassung billigt Wendt im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 67 S. 407.

9) Das Edikt verlangte bona fides zur Zeit des Kaufes, l. 7 § 11 D. h. t., die Interpretation auch Redlichkeit zur Zeit der Tradition, l. 7 §§ 14 ff. D. h. t.

10) Nach römischem Rechte schadet mala fides superveniens nicht, l. 7 § 12 D. h. t. Über die l. 11 § 3 D. h. t. siehe Vangerow Bd. 1 § 335 1 d.

Veränderung in den Voraussetzungen der publizianischen Klage nach sich ziehen mußte.[11]

4. Die Sache muß ersitzungsfähig sein.[12]

Dies ist Folge der Anlehnung der Klage an die Ersitzung. Innere Gründe sprechen für eine derartige Beschränkung der publizianischen Klage freilich nicht.[13]

III. Die publizianische Klage greift in der Regel gegenüber dem Eigentümer nicht durch. Diesem steht vielmehr die exceptio dominii zur Seite.[14] Es gibt jedoch Fälle, in welchen diese Einrede durch eine Replikation überwunden werden kann.[15]

Auch gegenüber publizianischen Besitzern kann die publizianische Klage nur dann mit Erfolg durchgesetzt werden, wenn Kläger und Beklagter von demselben Autor erworben haben und wenn dem Kläger zuerst trabiert wurde.[16]

---

11) Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 8, die hier verteidigte Vangerow Bd. 1 § 335 II 1d, Brinz Bd. 1 S. 721. B.G.B. § 1007 Abs. 3 hat sich der hier vertretenen Ansicht angeschlossen.

12) l. 9 § 5 D. h. t., siehe ferner l. 12 § 4 D. h. t. Die l. 12 § 2 D. h. t. spricht von der Publiciana des Emphyteuta.

13) Daher ist diese Beschränkung Streitfrage, aber freilich vom Standpunkte der justinianischen Legislation kaum bestreitbar. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II b, aber auch Brinz Bd. 1 S. 176, Carusi a. a. O. S. 131.

14) l. 16, l. 17 D. h. t. 6, 2. Ebenso B.G.B. § 1007 Abs. 2. — Berufung auf Eigentum eines Dritten ist unzulässig.

15) Vgl. oben § 216 über die replicatio rei venditae et traditae. Noch andere Repliken sind zulässig, z. B. die replicatio rei judicatae. Ein Fall, in welchem der Beklagte mit der exceptio dominii nicht durchdrang, findet sich in der l. 57 D. mandati 17, 1; hier erhielt der Sklavenhändler wegen Abwesenheit Restitution gegen die Ersitzung seiner Sklaven. Über diese vielbesprochene Stelle vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 2a, Brinz Bd. 1 S. 722, Erman, Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 13 S. 181 und la Publicienne S. 14.

16) Bezüglich des Falles, daß Kläger und Beklagter von verschiedenen Nichteigentümern publizianischen Besitz erhielten, waren die römischen Juristen nicht einig. Nach der einen Ansicht geht auch hier der publizianisch Berechtigte vor, welcher zuerst den Besitz erhielt. Neratius libro 3 membranarum l. 31 § 2 D. de a. e. v. 19, 1: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est, si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est. Neratius faßte die Stellung des publizianischen Erwerbers bereits als ein Recht an der Sache auf und zog hieraus den Schluß, daß dem älteren Rechte, d. h. dem durch die frühere Tradition begründeten, der Vorzug zu geben sei. Julian und Ulpian aber vertraten die entgegengesetzte Auffassung. Ulpianus libro 16 ad edictum l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est an is qui tantum emit — d. h. welcher nur zuerst gekauft hat. — Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est. Die letztere Ansicht teilte Paulus libro 14 ad Plautium l. 14 D. qui potiores 20,

IV. Die publizianische Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechtes des Klägers und Verurteilung des Beklagten zu allem, was derselbe bei der Eigentumsklage zu leisten hätte. Andererseits können der publizianischen Klage dieselben Gegenansprüche wie der Eigentumsklage entgegengestellt werden.[17]

V. Die publizianische Klage kann auch dem Eigentümer der Sache dienen, indem er sich auf seinen redlichen Erwerb stützt, ohne dessen Rechtmäßigkeit darzutun.[18] Damit überwindet er aber natürlich nur solche Besitzer, welche ihm auch nachstünden, wenn er bloß publizianischer Besitzer wäre. Publizianischen Besitzern gegenüber muß er in der Regel auf sein Eigentumsrecht zurückgreifen.

II. Persönliche Klagen.

§ 229. a) Die Grenzscheidungsklage.

Der Eigentümer hat zum Schutze seines Eigentumes außer den dinglichen zahlreiche persönliche Klagen teils gegen Nachbarn, teils gegen andere, die seine Sache bedrohen oder antasten.

4: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Sie ist also diejenige der späteren Jurisprudenz, welche überhaupt vorzugsweise Julian folgte, und diejenige der justinianischen Kompilation. Besonders zweifelhaft ist die Frage, wenn die beiden Prätendenten gegen einen schlechteren Besitzer gleichzeitig mit der publizianischen Klage auftreten. Savigny Bd. 7 S. 308 not. m. gibt hier dem älteren Erwerber den Vorzug. Folgerecht ist dies nicht. Vielmehr muß die Prävention der Klage entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig voneinander angestellt, so hat die Oberhand, wer zuerst die Exekution durchsetzt. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 2b, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 13. Nach B.G.B. § 1007 kann der gutgläubige Besitzer mit der Klage aus älterem Besitze dann belangt werden, wenn die Sache dem Kläger gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.

17) l. 7 § 8 D. h. t., vgl. Gaj. Inst. IV § 36.

18) Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana 1873 — vgl. auch krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18 S. 535 — führt aus, die publizianische Klage beruhe nur auf Tatsachen, nicht auf einem Recht. Da nun Tatsachen durch spätere Tatsachen nicht ungeschehen gemacht werden könnten, so bleibe die actio Publiciana für denjenigen, für welchen sie einmal begründet sei, auf ewige Zeiten zuständig, unabhängig von den Rechtsveränderungen, die inzwischen in Bezug auf die Sache vorgingen. Daher könne namentlich auch der gewesene Eigentümer die actio Publiciana gegen einen unberechtigten Besitzer anstellen; dieser sei nicht befugt, ihm den Verlust des Eigentumsrechtes verteidigungsweise entgegenzustellen. Diese Auffassungen sind unhaltbar. Auch der actio Publiciana liegt eine Rechtsbeziehung zu Grunde; hört diese auf, so erlischt das Klagerecht. Wie sollte auch gewesenes Eigentum gegenwärtigen Besitz überwinden! ein Totes das Lebendige! Vgl. Jeß in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 4, Huschke, Publ. Klage 1874 S. 29 ff., Appleton in dem § 193 Anm. 1 angef. Buche, Audibert nouv. revue hist. 1890 p. 288, Erman, la Publicienne p. 16.

Aus dem Nachbarverhältnis entspringt die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum.[1] [2] Sie nimmt den Landstrich bis zur behaupteten Grenze als Eigentum des Klägers in Anspruch und steht hiernach an Stelle der Vindikation.[3] Aber ihr Hauptzweck ist der Grenzfrieden unter den Nachbarn. Sie hat also eine persönliche Richtung und ist actio in personam.[4] Nach diesem Zwecke bestimmt sich das Einzelne.

1. Die Klage setzt einen Grenzstreit voraus. Der ruhige Besitz der Grenze muß tatsächlich oder wörtlich in Frage gestellt sein.

Sind die Nachbargrundstücke mit Gebäuden besetzt, die durch Grenzmauern geschieden sind, so findet die Grenzscheidungsklage nicht statt. Denn die Grenzmauer stellt eine feste Grenze und deren sicheren Besitz her. Eine etwaige Rektifikation ist mittels der Eigentumsklage zu bewirken.[5]

Zwischen Besitzungen, die ein öffentlicher Fluß oder ein öffentlicher Weg scheidet, ist die Grenzscheidungsklage nicht zulässig, weil jene nicht

---

1) Tit. Dig. finium regundorum 10, 1. Puchta, kleine zivilistische Schriften n. 21; Wiederholt in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 3; Sternberg, ebendaselbst Bd. 17 n. 13; Hoffmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 31 n. 16 und Bd. 35 n. 10; Rönnberg im Arch. f. bürg. R. Bd. 11 S. 119; Hoeniger, die Grenzstreitigkeiten 1901. — Über die Geschichte der acto finium regundorum haben eingehende Untersuchungen angestellt: Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 n. 7 und in den Schriften der römischen Feldmesser Bd. 2 S. 433, sowie Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses S. 134; vgl. auch Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 235, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 459. — Das altrömische Recht unterschied den Streit de fine und de loco. Ein Streit „de fine" lag vor, wenn es sich höchstens um die Breite von 5 Fuß, „de loco", wenn es sich um eine größere Fläche handelte. Die actio finium regundorum betraf ursprünglich — darin hat Karlowa offenbar Recht — nur einen Streit um den finis, d. h. um eine Breite von höchstens 5 Fuß. Der Streit um größere Flächen war daher ursprünglich im Wege der Vindikation auszukämpfen. Dies bezeugt bestimmt Frontinus de controv. agrorum I 44, 4. Aber schon in der klassischen Kaiserzeit hielt man dies sicher nicht fest, gab vielmehr auch wegen des locus Grenzscheidungsklagen, vgl. l. 60 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi . . . locus latere potest, quatenus determinetur et definiatur, l. 4 pr. l. 7, l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1. Vieles ist in der geschichtlichen Entwicklung unaufgeklärt.

2) B.G.B. §§ 919 ff. unterscheidet ein Verfahren zur Wiederherstellung verdunkelter Grenzen und ein Grenzscheidungsverfahren, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist. Vgl. bürg. R. Bd. 3 § 87 S. 249.

3) l. 1 D. finium regundorum 10, 1. Paulus libro 23 ad edictum: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

4) l. 1 D. h. t. 10, 1.

5) Für die Regel werden praedia rustica, d. h. gebäudeleere Plätze gefordert, l. 2 pr., l. 4 § 10 D. h. t. Daß aber die Grenzscheidungsklage auch stattfindet, wenn jemand mit einem Gebäude die Grenze des ländlichen Nachbargrundstückes überschreitet, besagt l. 2 pr. D. cit. ausdrücklich. Aus der l. 4 § 10 D. cit. geht hervor, daß man die Grenzscheidungsklage nur ausschloß, wo Gebäude durch Grenzmauern begrenzt sind. Vgl. Puchta a. a. O. S. 350, Seuff. Arch. Bd. 51 n. 97.

aneinander grenzen.[6] Herüberdrängen des Weges auf das Nachbargrundstück berechtigt aber den benachteiligten Nachbarn, Schadensersatz — mit der actio viae rejectae — zu fordern.[7]

2. Legitimiert zur Erhebung der Grenzscheidungsklage ist der Eigentümer eines der zusammengrenzenden Grundstücke. Dies auch, wenn er im Besitze des streitigen Grenzstreifens ist, denn er ist auch dann am Grenzfrieden interessiert. Richtiger Beklagter ist der Eigentümer des Nachbargrundstückes. Miteigentümer müssen zusammen klagen,[8] zusammen verklagt werden, da sonst die Sicherung der Grenze nicht zu erreichen ist. Die Entscheidung unter den Eigentümern macht — außer in Fällen hinterlistigen Zusammenspielens der Prozeßparteien, s. g. Kollusion — Rechtskraft für und gegen die an den Grenzgrundstücken dinglich Berechtigten, auch wenn diese am Prozesse nicht teilnahmen; denn die Sentenz wird für und gegen das Grundstück gefällt.[9]

Auch dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziar, Emphyteuta, Nutznießer können den Umfang ihres Rechtes durch die Grenzscheidungsklage feststellen lassen.[10] Aber die Entscheidung in solchem Prozesse kann dem Eigentümer weder nützen noch schaden.[11]

Redlichen Besitzern ist die Klage gleichfalls zu gewähren, und Besitzer jeder Art können verklagt werden.[12] Auch derartige Prozesse erstrecken ihre Rechtskraft nicht über die Prozeßparteien.

3. Die Grenzscheidungsklage ist actio duplex.[13] Der Richter hat daher nicht bloß unbegründete Anträge des Klägers abzuweisen; vielmehr muß er den vom Beklagten behaupteten Grenzzug, wenn er ihn richtig

---

6) l. 4 § 11, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 1.

7) l. 3 pr. D. de via publica 43, 11. Bestand eine eigene Klage oder handelt es sich nur um e. a. legis Aquiliae utilis? Setzt die Klage also Verschuldung voraus? Findet sie auch statt, wenn der Herüberdrängende kein Nachbar ist? Für eine bloße Aquilische Klage Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 T. 4 S. 321. Ich nehme eine selbständige Klage aus dem römischen Bauernrecht an.

8) arg. l. 4 § 7 D. h. t.

9) l. 4 § 5 D. h. t. 10, 1 „magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur". Doch ist klar, daß die Entscheidung den dinglich Berechtigten nicht präjudiziert, wenn sie auf Rechtsgeschäften beruht, welche die Eigentümer nach Begründung des dinglichen Rechtes, z. B. des Pfandrechtes, abgeschlossen und durch welche sie einen Teil des Grenzlandes abtraten. Vgl. l. 21 D. quae in fraudem 42, 8.

10) l. 4 § 9 D. h. t. 10, 1.

11) Anderer Ansicht Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 397, weil die Grenze nichts Relatives, nur zwischen Personen Bestehendes, sondern eine für alle geltende Eigenschaft des Grundstückes sei. So auch Brinz Bd. 1 § 177. Aber die dinglich Berechtigten können nur als legitimirt gelten, über die Grenze ihres Rechtes, nicht über die des Grundstückes zu streiten.

12) Die Quellen sprechen sich freilich über diese Fragen nicht aus.

13) l. 37 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

findet, anerkennen. Denn die Beseitigung der Unsicherheit der Grenze liegt im allgemeinen Interesse.

4. Für die Festsetzung der Grenze ist in erster Linie das Eigentum maßgebend; dasselbe kann sich auf außerordentliche Ersitzung stützen.[14] In zweiter Linie entscheidet ruhiger Besitz.[15] Bestand auch solcher nicht, so ist der streitige Grenzstreifen wie gemeinsames Land zu behandeln und unter die Nachbarn zu teilen.[16]

Die ermittelte bisherige Grenze kann unzweckmäßig sein. Sie wird z. B. durch einen Bach gebildet, der seinen Lauf fortwährend verändert. Dann hat der Richter, um den Frieden unter den Nachbarn dauernd herzustellen, eine zweckmäßigere Grenze zu schaffen.[17] Wer hierdurch Land verliert, ist natürlich zu entschädigen.

5. Das Erkenntnis hat die Grenze festzustellen. Es hat ferner anzuordnen, daß sie äußerlich markiert werde,[18] es sei denn, daß bereits Grenzzeichen stehen, welche das Erkenntnis gegenüber Bestreitung als die richtigen anerkennt.

Auch Geldansprüche können geltend gemacht werden, namentlich wegen der seit dem Prozeßbeginne von unserem Grenzstücke gewonnenen Früchte. Ersatz der vom bösgläubigen Nachbarn vor dem Prozesse gezogenen Früchte ist in besonderem Verfahren zu fordern.[19]

§ 230. b) Cautio damni infecti.[1]

Gegen **drohenden** Schaden, dessen Ersatz sonst nicht zu beanspruchen wäre, kann man sich durch cautio damni infecti sichern[2]

---

14) Vgl. oben § 220 Ziff. 2 d. Hat Kläger die streitige Fläche früher vindiziert und wurde er abgewiesen, so steht ihm die Einrede rechtskräftiger Entscheidung in der Grenzscheidungsklage insoweit entgegen, als er sich auf Eigentum stützt.

15) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen, l. 2 D. uti possidetes 43, 17. Daher haben die alten Grenzzeichen Gewicht, l. 11 D. h. t., weil sie in der Regel den Besitz dartun. Vgl. B.G.B. § 920.

16) l. 2 § 1 D. h. t. 10, 1. Ebenso B.G.B. § 920.

17) § 6 J. de officio judicis 4, 17. Nach B.G.B. gilt dies nicht.

18) l. 8 pr. D. h. t. 10, 1. Besteht kein eigentlicher Grenzstreit, sind aber die Grenzzeichen, z. B. durch eine Überschwemmung oder durch Alter schadhaft geworden, und einigen sich die Parteien über deren Herstellung nicht, so kann jeder Teil eine gerichtliche Anordnung über deren Erneuerung auf gemeinsame Kosten verlangen. Dies ergibt die Natur der Sache und entspricht der Praxis. Wiederhold a. a. O. Bd. 13 S. 44 sieht mit Unrecht in solchen Verfahren das Wesen der römischen actio finium regundorum; dagegen Sternberg a. a. O. Vgl. nunmehr B.G.B. § 919.

19) l. 4 § 2 D. h. t. 10, 1.

1) Tit. Dig. de damno infecto 39. 2. Eine erschöpfende Monographie lieferte Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 2 1875. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die ältere Literatur. Vgl. noch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 143 S. 1239.

einmal wegen Anlagen, die im Nachbargrundstücke bereits bestehen, und zweitens wegen Unternehmungen, die in einem Grundstücke erst geplant werden.

Der Anspruch auf Kaution ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[3]

1. Hauptfall des Schutzes wegen bestehender Anlagen ist die Kaution gegen drohenden Einsturz von Nachbargebäuden.[4] Sie kann aber auch wegen anderer baufälliger Anlagen, z. B. Dämme, Terrassen, sowie gegen das Überstürzen schadhafter Bäume gefordert werden.[5]

Die Kaution ist nicht für Fälle bestimmt, in welchen den Nachbar eine Schuld trifft; sie greift auch nicht ein, wo der Schaden in reinem Zufall seinen Grund hat. Es handelt sich um ein Mittleres.

Ist der Nachbar nämlich in Schuld, so liegt ihm ohne weiteres voller Schadensersatz nach der lex Aquilia ob. So namentlich dann, wenn ein Gebäude, welches mit seinem Wissen und Willen auf seinem Grundstücke den Kunstregeln zuwider erbaut wurde, durch Einsturz auf dem Nachbargrundstücke Schaden anrichtet.

Hat andererseits ein bloßer Zufall Schaden verursacht, z. B. ein Erdbeben Häuser niedergestürzt oder ein Orkan Bäume umgeworfen, so kommt für solches Unglück niemand dem Beschädigten auf, selbst dann nicht, wenn ihm eine cautio damni infecti gestellt ist.[6]

Die Kaution gibt ihren Schutz also bloß in Fällen, in welchen der Schaden durch zweckentsprechendes Tun oder angemessenes Unterlassen des Nachbarn verhütet werden kann.[7]

Sie sichert nur gegen Gefährdungen durch Anlagen. Es macht aber keinen Unterschied, ob der Schaden in fehlerhaftem Baugrund oder in schadhaftem Bau seine Ursache hat.[8]

---

2) Das Edikt siehe in l. 7 pr. D. h. t. 39, 2 und bei Lenel, edictum S. 299.

3) l. 18 § 9, l. 32 D. h. t. 39, 2; Burckhard a. a. O. S. 251 ff., R.G. Bd. 30 S. 114.

4) l. 7 §§ 1 und 2 D. h. t.; Burckhard a. a. O. S. 34.

5) l. 24 § 9 D. h. t. 39, 2.

6) l. 24 §§ 3, 4 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione quae vim habet divinam, vgl. l. 24 § 9 eod.

7) l. 24 § 8 D. h. t. 39, 2. Cassius quoque scribit, quod contra ea damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere. R.G. Bd. 35 S. 151.

8) Kaution kann nicht gefordert werden, wenn nicht sowohl eine Anlage als

Die Leistung der Kaution wird nicht direkt erzwungen. Dem Kautionspflichtigen ist nur die Alternative gestellt „cavere“ oder „carere“, d. h. entweder die Kaution zu leisten oder sein Grundstück zu verlieren.[9] [10]

2. Die Kautionspflicht hat ferner, wer ein Unternehmen — opus — plant, zu dem er an sich berechtigt ist, das aber dem Grundstücke eines anderen ungerechtfertigten Schaden bringen kann.[11]

Hierher gehörige Fälle sind, wenn man den Eintritt in ein fremdes Grundstück beansprucht, um sein Eigentum von dort wegzunehmen, z. B. durch Überschwemmung übergeführte Erde oder übergefallene Früchte,[12] ferner, wenn man auf seinem Grundstücke oder auf öffentlichem Boden Anlagen beabsichtigt, die einen anderen bedrohen,[13] z. B. Steinbrüche, die dessen Grundstück unterhöhlen und hierdurch dessen Einsturz herbeiführen können.[14]

Unterlassen der Unternehmung oder Stellung der Kaution ist hier die Alternative. Sie wird vom Bedrohten durch Verbot der Unternehmung bis zur Leistung der Kaution in das Werk gesetzt. Und zwar genügt Privatverbot, wenn etwas innerhalb des

---

das Grundstück selbst nach seiner natürlichen Bodenbeschaffenheit Schaden droht, z. B. einen Erdrutsch in Aussicht stellt, l. 24 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 81 ad edictum . . . vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. — Nicht im Widerspruche steht l. 38 § 1 D. h. t., wo ein Gegensatz zwischen „agri“ und „aedificii“ vitium gemacht wird. Denn hierbei kann sehr wohl an Dämme, Terrassen, Bäume gedacht sein. So Burckhard a. a. O. S. 146 ff., dagegen freilich Brinz Bd. 1 S. 672, Karlowa S. 1245.

9) l. 9 pr. D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum . . . unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit.

10) Nach B.G.B. § 836 ist der Grundstücksbesitzer zum Ersatz des Schadens infolge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung eines Baues oder eines anderen Werks auf einem Grundstück verpflichtet. Nach § 908 kann der Eigentümer des Nachbargrundstücks auch fordern, daß der Besitzer, welcher für jenen Schaden verantwortlich sein würde, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffe. Vgl. Bürg. R. Bd. 2 § 398 2. Abt. S. 654.

11) Man spricht hier von vitium operis im Gegensatze zum vitium aedium, vgl. l. 19 § 1 D. h. t. 39, 2.

12) l. 9 § 1, l. 15 D. ad exhibendum 10, 4. Vgl. a. B.G.B. §§ 867, 1005.

13) Vgl. l. 3 § 11 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 38 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 1 § 14 D. de cloacis 43, 23.

14) In der Regel freilich ist es verstattet, auf dem eigenen Grundstücke frei zu schalten, auch wenn hieraus einem Nachbargrundstücke Nachteil erwächst; vgl. oben § 199 Anm. 1. Aber dies gilt — auch abgesehen von Immissionen — nicht unbeschränkt. Gegen Handlungen außergewöhnlicher Art, welche die Integrität eines Nachbargrundstückes mit besonderen Gefahren bedrohen, kann sich der Nachbar durch cautio schützen, l. 24 § 12 D. h. t. 39, 2 . . . si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 52, R.G. Bd. 30 S. 114. Eine Erdaufschüttung aber, welche dem Nachbar Feuchtigkeit „in geringem Umfange“ zuführt, rechtfertigt trotz R.G. Bd. 15 S. 205 das Verlangen einer c. damni infecti nicht. Sie muß der Nachbar dulden.

Grundstückes des Verbietenden vorgenommen werden soll; sonst bedarf es gerichtlichen Verbotes.[15]

§ 231. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen.

Die Kaution wegen Gefährdung durch bestehende Anlagen ist besonders zu betrachten.

1. Wer ist berechtigt, die Kaution zu fordern? In erster Linie der Eigentümer des bedrohten Grundstückes;[1] außerdem sind es dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziare, Nießbraucher,[2] Pfandgläubiger,[3] endlich auch andere Personen, auf deren Gefahr das Grundstück steht,[4] folgerecht auch gutgläubige Besitzer desselben.[5]

Da Gefahr im Verzuge ist, so ist dem Kläger die Kaution zu bestellen, wenn auch bestritten wird, daß er zu ihrer Forderung legitimiert sei.[6] Er hatte nach römischem Rechte nur seine Angaben durch ein juramentum calumniae zu erhärten. Dies ist der C.P.O. fremd. An Stelle dessen hat er nach gemeinem Recht seine Legitimation dem Richter glaubhaft, d. h. wahrscheinlich zu machen.[7]

Ist aber der Zusammensturz der Anlage erfolgt, so muß, wer aus der ihm gestellten Kaution Schadensersatz fordert, im Streitfalle nachweisen, daß er rechtlich legitimiert war, die Leistung der Kaution zu beanspruchen.

2. Wer ist verpflichtet, die Kaution zu bestellen? Kautions-

15) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 526.

1) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 275.

2) l. 13 § 8 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. l. 39 § 2 D. eod.

3) l. 11 D. h. t. 39, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 392.

4) l. 18 pr. D. h. t. 39, 2. Paulus libro 48 ad edictum: Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. Vgl. über einen Fall, in welchem der Käufer bereits vor der Tradition aus diesem Grunde ein Recht auf Kaution hat, l. 38 pr. D. h. t. — Auch Mieter und Bewohner des bedrohten Hauses haben ein Recht auf Kaution wegen ihrer eingebrachten Mobilien, l. 13 § 5 D. h. t. 39, 2. Ceterum — sagt Ulpianus libro 53 ad edictum l. 13 § 4 D. h. t. 39, 2 — neque ei qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet.

5) Allerdings spricht sich für das Gegenteil Ulpianus libro 53 ad edictum unter Berufung auf Marcellus aus, l. 13 § 9 D. h. t.: Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait, und ebenso l. 11 D. eod. Aber nach dem in Anm. 4 zitierten Satze von Paulus in l. 18 pr. D. h. t. ist auch dem gutgläubigen Erwerber der Kautionsanspruch nicht zu versagen. So Burckhard a. a. O. S. 306; Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 3, Karlowa S. 1248. Anderer Ansicht Vangerow Bd. 3 § 678 S. 553.

6) l. 13 § 3 D. h. t. 39, 2.

7) R.G. Bd. 35 S. 123.

pflichtig ist der Eigentümer der schadendrohenden Anlage. Der Eigentümer leistet die Kaution durch einfaches Versprechen — nuda repromissio;[8] Dritte können für ihn eintreten, wenn sie Bürgen stellen — satisdatio. Wie der Eigentümer wird der gutgläubige Besitzer behandelt.[9]

Kaution mit Bürgschaft müssen ferner leisten dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziare, Nießbraucher, Pfandgläubiger, sofern sie Kenntnis davon haben, daß der Eigentümer sich der Kautionsstellung entzieht.[10] Sonst fällt ihr Recht mit dem des Eigentümers dahin.

3. Das Versprechen geht auf Ersatz des vollen Interesses des Stipulanten für den Fall des Einsturzes.[11]

Die Kaution ist für eine richterlich festzustellende Zeit zu versprechen. Je nach Umständen ist die Zeit später zu verlängern.[12]

4. Wurde die Kaution nicht gestellt, obgleich ihre Voraussetzungen vorhanden waren, so erteilte in Rom der Prätor dem Bedrohten eine Einweisung in das schadendrohende Grundstück — s. g. missio ex primo decreto.[13] Dieselbe gewährte Aufenthalt im schadendrohenden Grundstück, Obhut, prätorisches Pfandrecht und das Recht der Reparatur.[14] Schließlich überwies der Prätor dem Eingewiesenen, wenn dieser keine Kaution und keinen Ersatz seiner Reparaturkosten erhielt, durch s. g. missio ex secundo decreto das Eigentum der schadendrohenden Sache.[15] [16]

---

8) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10 D. h. t. 39, 2. Miteigentümer sind nach ihren Eigentumsanteilen verpflichtet, l. 40 § 3, l. 27 D. h. t. 39, 2.

9) l. 13 pr. D. h. t. 39, 2.

10) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10, l. 19 pr., l. 22 D. h. t. 39, 2.

11) l. 28, l. 29, l. 37 D. h. t.

12) l. 4 pr., l. 13 § 15, l. 14, l. 15 pr. § 1 D. h. t. 39, 2.

13) Die bezüglichen Ediktsworte lauteten l. 7 pr. D. h. t. 39, 2: Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo.

14) l. 15 § 30 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo ejus, qui pignori accepit, sed alio jure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.

15) l. 15 § 31 D. h. t. Nach klassischem Rechte erhielt der ex secundo decreto Immittierte nur Ersitzungsbesitz, l. 5 pr., l. 12, l. 15 §§ 16, 26, 27, l. 18 § 15 D. h. t. 39, 2. Er hatte indessen die Rechte des Eigentümers, das „possidere jure dominii", l. 7 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 15 § 33 D. h. t. 39, 2 — und ist nach justinianischem Rechte geradezu als Eigentümer zu bezeichnen.

16) Die Rechte dinglich Berechtigter gehen unter, wenn sie die Kaution nicht stellten, obgleich sie Kenntnis vom Begehren der Kaution gegenüber dem Eigentümer hatten. Hat der Nachbar den Emphyteuta zur Kautionsstellung aufgefordert, nicht aber den Grundeigentümer, so erfolgt Einweisung und Übertragung des emphyteutischen Rechtes. Die l. 15 § 26 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Emphyteuta aus; der Superfiziar ist gleichzustellen, da er auch eine eigentumsähnliche Stellung

Der C.P.O. sind derartige Missionen fremd. Daher klagt und verurteilt man in der gemeinrechtlichen Praxis meist einfach auf Stellung der Kaution — der Beklagte kann aber die Verurteilung durch Überlassung der schadendrohenden Sache an den Kläger abwenden. Dies entspricht freilich den römischen Rechtssätzen nur approximativ.[17] [18]

5. Stürzt das schadendrohende Gebäude ein, nachdem Kaution zwar nicht gestellt, aber gefordert war, so hat der Beklagte schlechthin Schadenserſatz zu leisten.[19]

Stürzt es ein ehe die Kaution begehrt war, so hat der Beschädigte keine Ansprüche.[20] Liegt ihm aber keine Nachlässigkeit zur Last, sondern war er z. B. durch Abwesenheit, Kürze der Zeit — verhindert, die Kaution zu begehren, oder war die Gefahr nicht erkennbar, so muß der Nachbar entweder den Schaden ersetzen oder sein Gebäude abtreten.[21]

§ 232. c) Actio aquae pluviae arcendae.[1]

I. Bezüglich des Abflusses des Regenwassers kann der einzelne Grundbesitzer auf seinem Grundstücke nicht frei schalten. Wäre jedem gestattet, beliebig Dämme aufzuschütten oder Gräben zu ziehen, um einseitig die Interessen seines Grundstückes zu fördern, so könnte daraus

---

hat. Es ist aber unzulässig, daß der Bedrohte unter Übergehung des Grundeigentümers andere dinglich Berechtigte, insbesondere den Nießbraucher oder Pfandgläubiger zur Kautionsstellung auffordert und, wenn diese sie verweigern, Einweisung in die schadendrohende Sache und Übertragung ihres Rechtes erlangt, wie dies allerdings Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 27 annimmt. Soll dies etwa auch gegenüber einem Hypothekar gelten? vgl. Burckhard S. 344, aber auch Karlowa S. 1249.

17) Man streitet darüber, in welchem Maße die römischen Bestimmungen im gemeinen Recht anwendbar sind. Eine möglichst treue Nachbildung versuchte Burckhard a. a. O. S. 641. Aber die Weise des Verfahrens, die er S. 662 entwickelt, ist prozessualisch nicht haltbar, denn Urteil und Vollstreckungsverfahren müssen in Übereinstimmung stehen. Im Wege der einstweiligen Verfügung kann Einweisung des Bedrohten behufs Vornahme der Reparaturen geschehen, sobald das Bedürfnis hervortritt. C.P.O. § 940.

18) Mehr an das römische Recht schließt man sich an, wenn man verlangt, daß die Klage alternativ auf Kautionsleistung oder Eigentumsabtretung lautet und ebenso das Urteil. Hellmann, missio in possessionem in den Festgaben für Planck S. 270. Vgl. auch Ubbelohde bei Glück Buch 43 u. 44 T. 3 S. 232.

19) l. 15 § 28 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Fall aus, daß der Prätor de danda stipulatione deliberat. Dies ist, so wie im Texte geschieht, auf das gemeinrechtliche Verfahren zu übertragen.

20) l. 6 D. h. t. 39, 2.

21) l. 7 § 2 D. h. t. gemäß der Einschränkung in l. 8. — l. 9 pr. § 1 D. h. t. Auch im Falle der l. 9 cit. § 3 „si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit“ liegt keine Nachlässigkeit der Beschädigten vor.

1) Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 3. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die bisherige Literatur. B.G.B. überläßt die Materie den Landesgesetzen.

Versumpfung oder Ruin der Nachbargrundstücke, ja Verpestung der ganzen Gegend folgen. Dem zu begegnen lag den Römern in Latium besonders nahe, da dieses nur durch intensiven Anbau und Regelung der Wasserläufe kulturfähig war.[2] Die Norm für den Abfluß des Regenwassers gibt: die natürliche Lage der Feldgrundstücke, ferner das Ortsrecht — lex — und die unvordenkliche Zeit, welche künstliche Anlagen sanktioniert.[3]

Zur Abwehr des durch Regenwasser Feldgrundstücken[4] infolge normwidriger Anlagen drohenden Schadens dient die actio aquae pluviae arcendae.[5] Sie hat eine doppelte Richtung:

a) Sie schützt den Eigentümer des niedriger belegenen Grundstückes. Er tritt mit ihr Anlagen entgegen, welche den Abfluß des Regenwassers vom höher belegenen Grundstücke zu seinem Nachteile verändern, mögen sie nun den Abfluß steigern oder ihn konzentrieren oder ihn verbreitern.[6] Die Abwehr des vom höher belegenen Grundstücke herabfließenden Regenwassers gab der Klage den Namen.[7]

Schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechtes, wie sie sich durch die klassischen Juristen entwickelten, hat der Nachbar außerordentliche Immissionen von Wasser nicht zu dulden und hat gegen sie

---

2) Schon die 12 Tafeln trafen Bestimmungen „si aqua pluvia nocet", l. 21 pr. D. de statuliberis 40, 7, vgl. Cic. Topica 9, 39, l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Burckhard a. a. O. S. 49.

3) l. 2 pr. D. h. t. 39, 3. Paulus libro 49 ad edictum: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habeatur minuendarum scilicet litium causa. l. 1 § 23 D. eod. Die lex war im Sinne des römischen Rechtes die bei Gründung der Kolonie getroffene Anordnung, vgl. Burckhard a. a. O. S. 355. In Deutschland stehen an Stelle dessen lokale Gewohnheiten. Ferner sind die bei Separationen seitens der Auseinandersetzungsbehörden in Bezug auf den Wasserabfluß getroffenen Anordnungen gleichzustellen.

4) l. 1 §§ 17, 20 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 258, vgl. auch Burckhard S. 275 ff. Wegen Anlagen in publico, d. h. auf Grundstücken des Staates, wurde in Rom die a. aquae pluviae nicht gegeben, l. 3 § 3, l. 18 pr. D. h. t., Burckhard S. 200. Dies ist nicht heutigen Rechtens, denn der Staat ist derzeit wie Private bezüglich seines Eigentumes verklagbar.

5) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit, quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

6) Anders wenn eine Servitut eingeräumt ist, wonach der Nachbar das Regenwasser vom Nachbargrundstücke über das normale Maß hinaus aufnehmen oder sich gegen dasselbe decken darf, l. 2 § 10 D. h. t. 39, 3, l. 29 D. de serv. pr. r. 8, 3. Eine gegenseitige Verstattung, die nicht als Servitut gemeint ist, bindet die Singularsuccessoren des Verstattenden nicht l. 19, l. 20 D. h. t.; vgl. Burckhard a. a. O. S. 346.

7) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3, abgedruckt oben Anm. 5, l. 1 § 10 D. eod.

die actio negatoria. Die actio aquae pluviae arcendae hat aber den Vorzug, daß sie nicht bloß Immissionen entgegentritt, sondern auch die Drohung der Immission beseitigt.

b) Die Klage schützt weiter den Eigentümer des höher belegenen Grundstückes. Sie nötigt den Eigentümer des niedriger belegenen, das Regenwasser in herkömmlicher Weise aufzunehmen, hindert ihn also, sich gegen dasselbe durch Dämme oder in anderer Weise zu decken. Dies gilt wie für wild abfließendes Tagewasser, so für Wasserläufe in festen Gerinnen.

Die Pflicht der Aufnahme des vom höher belegenen Grundstücke ablaufenden Wassers bildet eine Art gesetzlicher Servitut zu Gunsten desselben.[8]

Es besteht aber nur eine Pflicht des niedriger belegenen Grundstückes zur Aufnahme des Wassers, kein Recht auf die Zuleitung.[9]

II. Das Einzelne der Klage ist folgendes:

1. Sie richtet sich — dies ist der ursprüngliche und Hauptfall — gegen Werke durch Menschenhand — opus manu factum — mögen sie nun in Neuanlagen[10] oder in Beseitigung von statutgemäßen oder unvordenklichen Anlagen[11] bestehen.[12] Gewöhnliche der Fruchtziehung dienende Handlungen und Anlagen sind nicht betroffen.[13]

Eine wichtige, aber natürliche Erweiterung bildete die Gewährung der Klage gegen Veränderungen des Bodens, die nicht durch Menschenhand erfolgten, z. B. im Falle der Verschlämmung der Abzugsgräben, Aushöhlung des Bodens durch Wasserstürze.[14]

2. Die Klage dient auch in den Fällen, in welchen das Regenwasser vermischt mit anderem Wasser, also Quell-, Sumpf-, Flußwasser dahinfließt.[15]

3. Die Klage bezweckt Wiederherstellung des früheren Bodenzustandes — Restitution — und damit Abwendung des dem Kläger drohenden Schadens.

---

8) l. 1 § 23, l. 2 D. h. t. 39, 3.

9) l. 1 §§ 11, 21 D. h. t. 39, 3. Wenn uns jedoch ein Graben seit unvordenklicher Zeit Wasser zuleitet, so schützt die Unvordenklichkeit den Wassergenuß, l. 6, l. 7 C. de servit. 3, 34. Burckhard a. a. O. S. 248, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 2. Vgl. freilich R.G. Bd. 17 S. 121.

10) Es gehören hierher Aufhäufung, Aushöhlung, Planierung des Bodens, l. 3 § 2 D. h. t. 39, 3, bauliche Anlagen, l. 4 pr. D. eod., auch bewegliche Anlagen, z. B. Aufhäufung von Steinen, Burckhard a. a. O. S. 191. Es ist also nichts Wesentliches, daß dem Grundstücke selbst eine andere Gestalt gegeben wird.

11) l. 1 § 23 D. h. t. 39, 3. Vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 144 S. 1256.

12) Nicht notwendig ist, daß die Anlage zum Zweck der Änderung des Laufs des Wassers geschah. Es genügt, daß sie diesen Erfolg hat. R.G. Bd. 25 S. 165.

13) l. 1 §§ 3—9, 15 D. h. t. 39, 3. Vgl. über das opus agri colendi causa factum Burckhard a. a. O. S. 377. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 250 drückt sich so aus: „erlaubt sind Handlungen, welche von Landwirten jahraus, jahrein zu wirtschaftlichen Zwecken vorgenommen werden".

14) l. 3 §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7, l. 14 § 1 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 573.

15) l. 1 pr. D. h. t. 39, 3.

Nur Ersatz des nach dem Prozeßbeginne entstandenen Schadens kann mit dieser Klage in Anspruch genommen werden.[16]

4. Klageberechtigt ist der Eigentümer des bedrohten Grundstückes und zwar zur Zeit des Prozeßbeginnes,[17] desgleichen der gutgläubige Besitzer,[18] der Emphyteuta,[19] der Nießbraucher,[20] wohl auch der Pfandgläubiger.[21] Im Falle des Miteigentums ist jeder der Teilnehmer selbständig zur Klage legitimiert.[22]

Die Person des Beklagten bestimmt sich durch das Eigentum an dem Grundstücke, in welchem sich die schädliche Anlage befindet.[23] Aber auch gegen den Usufruktuar, welcher die Anlage machte, wurde die Klage zugestanden.[24] Auch der Emphyteuta[25] und selbst ein bloßer Besitzer muß für passiv legitimiert gelten. Jeder der Miteigentümer des Grundstückes kann belangt werden.[26]

Es macht einen erheblichen Unterschied bezüglich des Umfanges der Verurteilung, ob der Beklagte der Urheber der schädlichen Anlage, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersteren Falle ist die Anlage auf Kosten des Beklagten, im zweiten auf Kosten des Klägers zu beseitigen, so daß der Beklagte in diesem Falle die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur zu dulden hat.[27]

---

16) l. 6 § 6 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Officium autem judicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet: vgl. l. 11 §§ 3 und 4 D. eod., Burckhard a. a. O. S. 445. Ob man für den früheren Schaden Ersatz fordern kann, ist danach zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des interdictum quod vi aut clam — l. 14 D. h. t. — vorliegen, oder eine cautio damni infecti gestellt ist oder andere Rechtsmittel offen stehen. Eine Verbindung der Ansprüche ist im heutigen Prozesse nicht unzulässig. Windscheid Bd. 2 § 473 Anm. 14; Budde, Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 7, 52.

17) l. 6 § 4 D. h. t. 39, 3. Im Falle des Wechsels des Eigentumes zwischen der Errichtung des Werkes und der Klageerhebung ist nicht der frühere, sondern der gegenwärtige Eigentümer klageberechtigt.

18) Besondere Quellenzeugnisse finden sich freilich nicht.

19) l. 5 § 2 D. arbor. furtim caes. 47, 7.

20) In l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3 spricht Ulpian dem Usufruktuar die Klage ab. Aber Pomponius gibt ihm doch in der l. 22 pr. D. eod. eine „utilis“ aquae pluviae arcendae actio. — Auch dem Wegeberechtigten gewährt l. 25 D. eod. Julianus libro ex Minucio die Klage „fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur“.

21) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 391; dagegen Burckhard a. a. O. S. 399.

22) l. 6 §§ 1—3, l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3. Ubbelohde, unteilbare Obligationen S. 196 ff.

23) l. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 D. h. t. 39, 3.

24) Anders Ulpian in l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3; dagegen aber l. 22 § 2 D. h. t.

25) l. 23 § 1 D. h. t. 39, 3.

26) l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3.

27) l. 6 § 7 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar et tollere. Vgl. weiter l. 7 D. eod.

§ 233. d) Die operis novi nuntiatio.[1]

Ein Bau, gegen den wir ein Verbietungsrecht haben, der aber unternommen und vollendet wird, ehe es gelingt, unser Recht zu rechtskräftiger gerichtlicher Anerkennung zu bringen, kann uns in der Zwischenzeit erhebliche Nachteile verursachen. Er verdunkelt z. B. unsere Fenster und macht unsere Wohnungen unbrauchbar, so daß gute und zuverlässige Mieter ausziehen, oder er nimmt uns längere Zeit die Aussicht und damit Lebensannehmlichkeit, oder endlich er stürzt ein und beschädigt Objekte und Personen. Ob für dies alles vom Bauenden später Ersatz zu erlangen ist, steht dahin.

Um sich zu schützen, auch ehe das jus prohibendi liquid gestellt war, kannten die Römer ein privates Bauverbot: operis novi nuntiatio, welches dem unternommenen Bau Stillstand gebot. Die Nuntiation belegte den Bau in der Art mit einem Banne, daß das trotzdem Gebaute wieder zerstört wurde, ohne Rücksicht darauf, ob der Bau materiell mit Recht oder Unrecht in das Werk gesetzt war.[2]

Gemeinrechtlich und nach B.G.B. sind einstweilige gerichtliche Verfügungen an die Stelle der römischen Nuntiation getreten. Doch sind die Grundzüge des eigenartigen Institutes hier darzustellen.

1. Zur formellen Gültigkeit der Nuntiation wird folgendes gefordert:

a) Es muß ein Bau unternommen, aber noch nicht beendet sein. Denn nur gegen *entstehende*, aber nicht gegen *vollendete* Bauwerke richtet sich das Bauverbot.[3] Und zwar muß es sich um die Errichtung oder Erweiterung oder das Niederreißen eines Baues handeln, der mit dem Boden verbunden ist. Reparaturen, sowie Veränderungen im Innern des Gebäudes, welche dessen äußere Gestalt nicht wesentlich ändern, begründen das Bauverbot nicht.[4]

b) Das Bauverbot muß dem *Baue gegenüber* — in re praesenti — er-

---

1) Tit. Dig. de operis novi nuntiatione 39, 1, de remissionibus 43, 25, l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 (früher: l. un. C. de novi operis nuntiatione 8, 11). Die Hauptwerke sind von Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam 1865 und von Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 1; dazu Brinz in der Münchener Vierteljahrsschrift Bd. 17 S. 244 ff. Stölzel gibt S. 5 eine umfassende Aufzählung der früheren Literatur, vgl. hierzu Burckhard S. 1 Anm. 1. Unter den Abhandlungen sind hervorzuheben: G. Hasse im rheinischen Museum Bd. 3 S. 579 ff.; Francke im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72 n. 14 § 4; Karlowa, Beiträge zum römischen Zivilprozeß Abh. 1 S. 19 ff.; Schmidt von Ilmenau in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2; Stölzel in Iherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 6; Beling, die gemeinrechtliche Geltung der operis novi nunciatio, Breslauer In.Diss. 1890, Vaturi, dell' operis novi nunciatio im archivo giuridico Bd. 49 S. 499. B.G.B. hat das Rechtsinstitut beseitigt.

2) l. 1 pr. D. h. t. 39, 1.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 1.

4) l. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. 39, 1. Es kommt nichts darauf an, ob das Gebäude in der Stadt oder auf dem Lande errichtet werden soll, l. 1 § 14 D. h. t. 39, 1.

folgen, dem es Stillstand gebietet;[5] an anderen Orten eingelegt, ist es ungültig.[6] Es kann beim Baue jedem gegenüber ausgesprochen werden, welcher für den Bau da ist oder dem Hausstande des Bauherrn angehört, also nicht bloß dem Bauherrn selbst, sondern auch Maurern, Zimmerleuten, ferner der Frau, dem Dienstpersonal des Bauherrn. Diese Personen müssen im stande sein, das Verbot dem Bauherrn zu melden. Ob dies aber geschah, ob er Kenntnis von dem Verbote erhielt, kommt nicht in Betracht.[7] Das Bauverbot bindet auch, wenn der Bauherr abwesend, geistes-krank oder ein Kind ist und es nicht zur Kunde seines Vormundes kommt.[8]

c) Die Nuntiation ist nur gültig, wenn sie von dem zu ihrer Einlegung Legitimierten geschah. In dieser Hinsicht ist der Grund und Zweck wichtig, welchen man mit dem Bauverbot verfolgt. Er kann ein dreifacher sein.[9]

Vor allem bezweckt es den Schutz privaten Rechts — juris nostri conservandi causa —, nämlich entweder die Wahrung der Freiheit des Eigentumes[10] oder eines Nachbarrechtes, oder einer Servitut des Habens oder des Verbietens.[11] Auf diesen Grund hin ist der Eigentümer,[12] der Superfiziar,[13] der Pfandgläubiger[14] des angeblich geschädigten Grundstückes zur Nuntiation legitimiert.

Die Nuntiation dient ferner zur Erzwingung einer cautio damni infecti — als o. n. n. damni depellendi causa. Sie steht jedem offen, der Anspruch auf solche Kaution einem Unternehmen gegenüber hat.[15]

Es kann endlich jeder Bürger juris publici tuendi gratia nuntiieren zur Wahrung der im öffentlichen Interesse erlassenen Bauordnungen und zum Schutze des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen.[16]

2. Die formell gültige Nuntiation kann aus verschiedenen Gründen kraftlos werden.

a) Der Prätor kann sie denegieren. Dies geschieht namentlich, wenn der Nuntiant das von ihm geforderte juramentum calumniae nicht ausschwört, oder wenn sonst das Verbot offenbar chikanös ist.[17]

---

5) l. 5 § 3 D. h. t. 39, 1. Es muß, wie Hasse S. 588 bemerkt, jemand zugegen sein, „durch dessen Ohren gleichsam das Werk selbst das Verbot vernimmt".

6) l. 5 § 4 D. h. t. 39, 1, l. 10 D. eod.

7) l. 1 § 5 D. h. t. 39, 1.

8) l. 10 D. h. t. 39, 1.

9) l. 5 § 9, l. 1 § 16 D. h. t. 39, 1.

10) l. 5 § 9 D. h. t. 39, 1. Hasse a. a. O. S. 591; Burckhard S. 59.

11) Die Quellen verstatten die operis novi nuntiatio ausdrücklich zum Schutze von Aussichtsgerechtigkeiten, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1, l. 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2 und der servitus oneris ferendi. l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5; sie versagen die o. n. n. bei der Wegegerechtigkeit, l. 14 D. h. t. 39, 1. Hieraus ergibt sich das Prinzip des Textes; Burckhard a. a. O. S. 70.

12) Über die Nuntiation der Miteigentümer vgl. l. 3 §§ 1 und 2 D. h. t., oben § 196 Anm. 13.

13) l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1. Ohne Zweifel stand der Emphyteuta dem Superfiziar gleich. Nießbraucher hatten die o. n. n. aus eigenem Rechte nicht; doch waren die römischen Juristen hierüber nicht einig, vgl. l. 1 § 20, l. 2 D. h. t. 39, 1, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.

14) l. 1 § 5 D. de remissionibus 43, 25.

15) l. 1 §§ 17, 19 D. h. t. 39, 1.

16) l. 1 § 17, l. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1.

17) Infolge der Nuntiation wendete sich der Nuntiat begreiflich sehr häufig

b) Es erfolgt Remission der formell gültigen Nuntiation durch den Prätor, wenn der Nuntiat Kaution — in der Regel Satisdation — stellt oder doch gehörig anbietet.[18] Ihr Inhalt ist, daß er sich zur Restitution des Gebauten oder zur Geldentschädigung nach Wahl des Nuntianten verpflichtet, sofern dieser sein Verbietungsrecht gerichtlich erhärtet.[19]

c) Der Remission steht die außergerichtliche[20] Leistung oder das ge-

---

beschwerend an den Prätor, l. 1 § 9 D. h. t. 39, 1. Man betrachtete das Verfahren vor ihm geradezu als eine Fortsetzung der Nuntiation. Daß der Prätor die Nuntiation unter Umständen denegierte, ergibt l. 19 D. h. t. 39, 1. Paulus libro quaestionum: Sciendum est denegata exsecutione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. Hauptfall der Denegation war jedenfalls Verweigerung des juramentum calumniae, l. 5 § 14 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 52 ad edictum: Qui opus novum nuntiat, jurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare. Manche verlegen das juramentum calumniae erst in das Verfahren über das interdictum demolitorium. Dies offenbar mit Unrecht. Es handelt sich um einen Akt, der beim Nuntiationsverfahren selbst vorkommt. Daß die Folge des verweigerten juramentum calumniae Denegation und nicht Remission ist, ergibt das Remissionsformular, da dieses die Nuntiation bedingt aufrecht erhält, was im Falle der Chikane ganz unstatthaft wäre. Dagegen Belting a. a. O. S. 12.

18) Über die Voraussetzungen der Remission gehen die Meinungen sehr auseinander. Das Richtige hat Schmidt a. a. O. S. 17 gefunden und Burckhard weiter ausgeführt. Die Remission erfolgt — bei der o. n. n. juris nostri conservandi gratia — infolge gehöriger Satisdation. Hiermit sind auch Brinz Bd. 1 S. 705 und Lenel, edictum S. 488 Anm. 7 einverstanden; abweichend Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 141 S. 1229. Bewiesen wird diese Auffassung dadurch, daß die römischen Juristen die Satisdation allein als regelmäßige Lösung des Bannes der o. n. n. ansehen, sowie dadurch, daß sie die Satisdation als notwendige Begleitung der Remission darstellen. l. 7 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. remissione autem facta intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei qui satis dederit, cum possessor hoc ipso constituatur. — Sehr häufig findet sich die Meinung, die Remission sei erteilt worden „für den Fall, daß der Nuntiant nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Prozeß auf Anerkennung seines Einspruchsrechtes erhebt". So namentlich noch jetzt Windscheid Bd. 2 § 466 Anm. 9. Ähnlich Hasse S. 615 ff.; Francke a. a. O. S. 376 und in eigener Art Stölzel S. 166. Für die Hypothese „einer solchen vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist" existiert auch nicht der Schein eines Quellenbeweises und es findet sich auch keine Analogie einer derartigen Prozedur im klassischen Rechte der Römer. Sie ist haltlos. Sie stimmt auch nicht mit der von Windscheid § 466 Anm. 17 anerkannten Tatsache, daß in der klassischen Zeit die Wirkung des Verbotes in einem Jahre erlosch, worin ein genügendes rechtliches Kompelle für den Nuntianten lag, sein Verbietungsrecht baldigst zur richterlichen Anerkennung zu bringen. — Das dem Nuntianten günstige Remissionserkenntnis lautete übrigens nach l. 1 pr. D. de remissionibus 43, 25 quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio. Es wird also zwar der formelle Bann aufgehoben, aber die Drohung der Demolition für den Fall festgehalten, daß der Nuntiant materiell das Recht hat, den Bau zu verbieten.

19) Über den Inhalt der cautio ex operis novi nuntiatione vgl. die Ausführung von Lenel, edictum perpetuum S. 431. Es wurde eine Zeitgrenze festgestellt, innerhalb deren der Nuntiat das Interdikt zu erwirken hatte, vgl. l. 13 § 1 D. h. t.

20) l. 5 § 17 D. h. t. 39, 1.

hörige außergerichtliche Angebot entsprechender Satisdation zur Restitution oder Geldentschädigung gleich.[21]

d) Der Bann wird ferner dadurch aufgehoben, daß der Nuntiant stirbt oder das Grundstück veräußert, zu dessen Gunsten das Verbot erfolgte.[22] Es erledigt sich auch durch Verzicht des Nuntianten.[23][24]

8. Wird entgegen der formell gültigen Nuntiation weiter gebaut, ohne daß Remission oder ein sonstiger Befreiungsgrund eintrat, so kann der Nuntiant die Zerstörung des Gebauten mit dem s. g. interdictum demolitorium fordern.[25]

Der Kläger hat bei diesem Interdikt darzulegen, daß von ihm eine formell gültige Nuntiation eingelegt ist. Hierbei hat er namentlich auch nachzuweisen, daß er Eigentümer des Grundstücks ist, für welches das Verbot eingelegt wurde, oder daß er sonst zu dem Verbote legitimiert war.[26]

Der Nuntiat seinerseits kann dartun, daß er Remission des Verbotes erhielt oder Satisdation stellte oder sonst durch die Nuntiation nicht gebunden ist. Das letztere ist unter anderem der Fall, wenn die schleunige Fortsetzung des Baues im öffentlichen Interesse lag, oder wenn dessen Unterbrechung mit Gefahr verbunden war.[27]

Dagegen wird der Nuntiat gegen die Zerstörung nicht dadurch geschützt, daß er ein Recht zum Bauen hatte, z. B. infolge einer Servitut.[28] Nur im Wege des petitorischen Prozesses kann er dies Recht nachträglich zur Geltung bringen. Wäre

---

21) Hat der Nuntiat die erforderte Kaution gerichtlich oder außergerichtlich geleistet, so wird er durch prohibitorisches Interdikt gegen Behinderung im Bauen geschützt. Hieraus erklärt sich der Ausspruch Ulpians libro 52 ad edictum l. 1 § 6 D. eod. In operis novi nuntiatione possessorum adversarium facimus. Dies verfolgt Ulpian weiter l. 5 § 10 D. eod. Vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1230.

22) l. 8 § 6 D. h. t. 39, 1.

23) l. 1 § 10 D. h. t. 39, 1.

24) In der klassischen Zeit dauerte der Bann, welchen die Nuntiation auflegte, nur ein Jahr, so daß der Nuntiant genötigt war, innerhalb des Jahres sein Verbietungsrecht zur richterlichen Anerkennung zu bringen. Dies kam namentlich dem Nuntiaten zu gute, welcher nicht im stande war, sich durch Stellung einer Bürgschaft die Freiheit des Bauens zu sichern. Doch war es bestritten, ob das Verbot nach Ablauf des Jahres erneuert werden dürfe. Justinian hob in der l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 — l. un. C. 8, 11 — die Beschränkung des Bauverbotes auf ein Jahr auf. Er glaubte einen Ersatz durch die Vorschrift zu geben, daß die Bauprozesse, wenn eine operis novi nuntiatio eingelegt sei, schleunigst behandelt und innerhalb 3 Monate erledigt werden sollten. Im wesentlichen dürfte die l. 14 C. cit. nichts anderes besagen. Keinesfalls hat sie das Recht des Nuntianten, gegen Bürgenstellung sofortige Remission zu erlangen, beseitigt. So auch Brinz Bd. 1 § 174 S. 705. Doch gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Burckhard S. 523, Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 222 ff.

25) Das Interdikt lautete nach l. 20 pr. D. h. t. 39, 1: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.

26) Nuntiation seitens eines Nichtlegitimierten ist keine Nuntiation im Sinne des Ediktes. Daher untersuchen die Juristen, wer „nuntiare potest", l. 1 §§ 19 und 20, l. 2, l. 3 § 4, l. 5 § 1 D. h. t. 39, 1. Vgl. Bangerow a. a. O. S. 62.

27) Dies hatte das prätorische Edikt festgestellt, l. 5 §§ 12, 13 D. h. t. 39, 1.

28) l. 20 § 1 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 71 ad edictum . . . qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur.

sein Baurecht aber bereits rechtskräftig anerkannt, so könnte er sich zweifelsohne gegenüber dem interdictum demolitorium auf das Judikat berufen.

Die Zerstörung kann nicht bloß gefordert werden, wenn der Nuntiat selbst den Bau errichtet, sondern auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger desselben, z. B. ein Käufer, baute. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Bauende das Verbot kannte. Denn der Bann ist auf das Bauwerk selbst gelegt.[29] Beklagter ist der Besitzer. Doch nur wer wissentlich dem Verbote entgegenhandelte, hat die Kosten der Zerstörung zu tragen.[30]

4. Unbestritten ist, daß man in Deutschland bei Gefährdung durch Unternehmung eines Baues in der Regel einstweilige gerichtliche Verfügung nachsucht. Man bezeichnet herkömmlicherweise solche gerichtliche Verfügung als operis novi nuntiatio publica.

Aber streitig für das gemeine Recht war, ob daneben das römische Privatverbot noch zulässig sei. Kein Zweifel ist, daß man sich in der Praxis zu allen Zeiten auf einzelne Sätze des Nuntiationsrechtes bezogen hat. Dennoch ist das Institut als solches nicht rezipiert worden.[31] Es ist dem Leben und der Praxis fremd geblieben. Es war selbstverständlich, daß es das B.G.B. nicht aufnahm.[32]

§ 234. e) Das interdictum quod vi aut clam.[1]

Das interdictum quod vi aut clam ist Deliktsklage wegen Eigenmacht. Es beruht also auf anderen Ausgangspunkten, als die

---

29) l. 23 D. h. t. 39, 1.

30) Vgl. l. 23 D. h. t. 39, 1 und l. 3 § 3 D. de alienatione judicii 4, 7, siehe hierüber Bangerow Bd. 3 § 676 S. 535. Die Meinungen sind, da das Quellenmaterial lückenhaft ist, sehr geteilt; vgl. Burckhard a. a. O. S. 196.

31) Stölzel a. a. O. S. 525 hebt mit Recht hervor, daß zwar die Praktiker aller Zeiten in zahllosen Fällen von einer o. n. n. reden, daß es sich aber für sie um ein Rechtsmittel handelte, welches von der römischen o. n. n. im eigentlichsten Sinne des Wortes nichts als den Namen an sich trug; vgl. auch das O.A.G. zu Berlin bei Seuffert Bd. 28 n. 134, Beling a. a. O. S. 28, Jakubezki zu dem Entwurfe e. bürgerlichen Gesetzbuchs 1892 S. 170. Die praktische Geltung der o. n. n. behaupteten namentlich Burckhard a. a. O. S. 573 und Windscheid Bd. 2 § 466 Anm. 20, welcher ein „abschaffendes Gewohnheitsrecht" nicht für nachgewiesen erachtet. Vgl. oben § 4 Anm. 6 und 7.

32) Einen Ersatz in gewisser Richtung gewährt § 907 B.G.B., wonach der Eigentümer eines Grundstücks verlangen kann, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat.

1) Tit. Dig. quod vi aut clam 43, 24. Siehe namentlich Stölzel, operis novi nuntiatio und interdictum quod vi aut clam, und Stölzel in Iherings Jahrb. Bd. 8 n. 6. Vgl. ferner G. Hasse im rhein. Museum Bd. 4 n. 1, Francke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 22 n. 14, Schmidt — von Schwerin — in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 1 n. 7 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 25 ff., Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 433 ff., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses S. 59 ff., röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 142 S. 1233.

operis novi nuntiatio. Aber es ist diesem Institute im praktischen Erfolge verwandt und wird daher zweckmäßigerweise im Anschluß an dasselbe behandelt.

Das Interdikt bezweckt die Beseitigung von Veränderungen an einem Grundstücke, die gegen Verbot eines Interessenten — vi — oder hinter seinem Rücken — clam — ausgeführt wurden.[2] Man sieht eine Mißachtung des Klägers darin, wenn der andere Teil so wichtige Verhältnisse eigenmächtig ohne Rücksicht auf ihn gestaltet, statt sie durch den Richter ordnen zu lassen. Diese Verletzung der Person des Klägers bildet den tieferen Grund seiner Klage.[3]

1. Um deswillen ist es nicht erforderlich, daß der Kläger ein Recht bezüglich der Sache hat; es genügt ein Verhältnis, durch das er interessiert ist.[4]

Das Interdikt steht daher nicht bloß Eigentümern und dinglich Berechtigten und Eigentumsbesitzern zu, sondern auch bloßen Forderungsberechtigten, wenn sie Besitz oder auch, wie der Pächter, bloße Detention in eigenem Interesse haben.[5]

Wer mit dem Interdikte klagt, muß seine Legitimation, d. h. das Verhältnis, auf das sich sein Interesse gründet, nachweisen. Sein Gegner kann sich nicht dadurch verteidigen, daß er ein Recht zur Vornahme der fraglichen Handlung nachweist.[6] [7] Sein eigen-

---

2) Das Interdikt lautete nach l. 1 pr. D. h. t. 43, 24: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas, nach id ist ausgefallen: si non plus quam annus est, vgl. Lenel, edictum S. 387.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: jubentur enim ea restituere; vgl. auch l. 1 § 2 D. eod. Den Deliktscharakter heben hervor l. 7 § 1, l. 14 D. eod., in l. 11 § 6 D. eod. wird die Klage auf Dolus zurückgeführt. Die Neueren legen auf den Deliktscharakter des Interdiktes wenig Gewicht. Unseres Erachtens gibt man damit den Schlüssel zu seinem Verständnis aus der Hand.

4) l. 11 § 14 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Idem Julianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.

5) l. 11 § 12 D. h. t. 43, 24 . . . nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere, si tamen precario sit in possessione, videamus, ne quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit. ergo et si conduxit multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit; vgl. l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D. eod. Das Interdikt dient sogar zur Wahrung rein persönlicher Interessen. Insbesondere kann es derjenige erheben, dessen Bildsäule an einem öffentlichen Orte in der Gemeinde aufgestellt war, falls dieselbe von Dritten weggenommen wurde, l. 11 § 1 D. h. t. 43, 24.

6) l. 1 §§ 2, 3 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non: sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: „quod non jure meo receperim“ et magis est, ne

mächtiges Handeln wird vielmehr dadurch bestraft, daß der frühere Zustand ohne weiteres wieder hergestellt wird. Es bleibt ihm unbenommen, sein Recht in einem petitorischen Prozesse nachträglich zur Geltung zu bringen.

2. Es muß eine Veränderung an Grundstücken unternommen sein.[8] Eigenmacht bezüglich anderer Objekte, z. B. an Schiffen, kommt nicht in Betracht.[9]

Als erheblich gilt jede Veränderung am Boden, also Errichtung oder Demolierung oder Umbau von Bauwerken,[10] von Dämmen und Gräben,[11] Beseitigung von Bäumen, Zweigen, Weinstöcken,[12] und selbst Beackern des Bodens.[13] Nicht notwendig ist, daß die Bodenfläche selbst eine Umgestaltung erleidet; auch Veränderungen auf dem Grundstücke genügen, z. B. Abladen von Steinen oder Erde,[14] Zerstörung von Düngerhaufen.[15] Die der regelmäßigen Fruchtgewinnung dienenden Maßregeln werden nicht betroffen.[16]

3. Die Veränderung muß mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — in das Werk gesetzt sei.

a) Grobe Gewalt ist nicht notwendig. Handeln gegen Verbot — Prohibition — genügt. Das Verbot kann wörtlich oder tatsächlich eingelegt sein. Nach römischem Brauche wurde es genugsam durch einen Steinwurf ausgedrückt. Derartiges wäre bei uns unverständlich und bedeutungslos.[17]

b) Hinter dem Rücken des Interessierten — clam — handelt man, wenn man

possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

7) So Stölzel a. a. O. S. 378, 493, Windscheid Bd. 2 § 435 Anm. 6a, R.G. Bd. 28 S. 169, vgl. aber auch Zimmermann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 n. 20. Grundsätzlicher Gegner ist Schmidt a. a. O. Vgl. auch Seuff. A. Bd. 48 n. 169 (oberstes L.G. für Bayern).

8) l. 1 § 4 D. h. t. 43, 24, l. 20 § 5 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum: Sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

9) l. 20 § 4 D. h. t. 43, 24.

10) l. 7 § 9 D. h. t. 43, 24, l. 7 § 10 eod. Ulpianus libro 71 ad edictum: proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est ut interdicto teneatur.

11) l. 7 § 8 D. h. t.

12) l. 7 § 5, l. 9 pr., l. 11 § 3, l. 13 pr. §§ 4 und 7 D. h. t. 43, 24.

13) l. 22 § 1 D. h. t. 43, 24. Wurde jedoch der Acker verbessert, so ist das Interdikt nicht zuständig, l. 7 § 7 D. h. t.

14) l. 15 § 2 D. h. t. 43, 24.

15) l. 7 § 6 D. h. t. 43, 24. Dazu aber l. 9 § 3 D. eod.

16) l. 7 § 5 D. h. t. 43, 24.

17) l. 1 §§ 5 ff. D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Quid sit vi factum vel clam factum videamus. vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque jure utimur. l. 20 § 1 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum ... vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia.

seine Einsprache fürchtete oder zu fürchten Ursache hatte, und dennoch die Veränderung vornahm, ohne ihm deutliche und unbestimmte Mitteilung zu machen.[18]

4. Es ist nicht Voraussetzung des Interdiktes, daß der Prohibent im Besitze war.[19]

Ist aber die Prohibition *gegenüber einem Besitzstande* zu beachten? Dies bejahen die meisten Neueren; aber entschieden mit Unrecht.[20]

Denn der Zweck des Interdiktes ist, unerlaubter Eigenmacht entgegenzutreten. Man darf sich nicht ertrotzen, was man im Rechtswege erstreiten soll. Wer aber nur seinen Besitz gegen fremde Antastung wahrt, begeht keine unerlaubte Eigenmacht. Das Interdikt ferner gilt als Deliktsklage. Sollte es aber Delikt sein, wenn man seinen Besitz trotz Widerstrebens eines anderen ausübt, im eigenen Besitztume Bäume schlägt, Steine abladet, den Boden pflügt? Gewiß nicht. Wer den Besitzer durch Wort oder Tat hindert, begeht einen Gewaltakt, nicht aber der Besitzer, welcher sich um unberechtigten Widerspruch nicht kümmert. Richtig ist, daß dies nicht so allgemein bei den Bedingungen des Interdiktes in den Quellen hervorgehoben ist. Es erschien eben als selbstverständlich. Doch fehlt es nicht an Aussprüchen der Quellen, wonach die Prohibition einem Besitzstande gegenüber kraftlos ist.[21]

---

18) l. 3 § 7 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum: Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere, l. 3 § 8, l. 4 D. eod.

19) l. 16 pr. D. h. t. 43, 24. Paulus libro 67 ad edictum: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

20) Stölzel führt a. a. O. S. 415 nach dem Vorgange von Franke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 22 S. 362 aus, daß das i. quod vi aut clam gegen den in suo Handelnden ausgeschlossen sei. Die meisten Neueren aber erklären sich gegen diese Ansicht. So Bangerow Bd. 3 § 677 S. 547; Windscheid Bd. 2 § 465 Anm. 18 S. 798; Brinz Bd. 1 S. 694; Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1236. Man wendet ein, daß der Prätor allgemein edizierte: quod vi factum est, restituas, und daß die römischen Juristen dies z. B. l. 1 § 5 D. h. t. 43, 24 allgemein ausspächen. Es fragt sich nur immer, was sie unter „vi" verstanden.

21) Die Römer gehen unbefangen davon aus, daß ein Handeln in alieno, d. h. an Grundstücken in fremdem Besitz unternommen sei, z. B. l. 11 § 3 D. h. t. 43, 24 si quis in vineas „meas" venerit et inde ridicas abstulerit, hoc interdicto tenebitur, vgl. l. 15 § 1 D. eod. „in vicini projecit praedium", l. 15 § 2 D. eod. „in sepulchro alieno". Geradezu erklärt aber l. 7 § 2 D. eod. — abgedruckt oben § 233 Anm. 18 — „intellegendus non erit vi aut clam facere quamvis prohibeatur" „cum possessor constituatur". Hiernach erklärt dann Ulpianus libro 52 ad edictum in der vielzitierten l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Man sollte denken, es sei hier deutlich genug gesagt, daß das i. quod vi aut clam gegenüber demjenigen,

5. Das Interdikt greift ferner nicht ein, wenn man in Notständen eigenmächtig handelt, z. B. das Haus des Nachbars im Falle eines Brandes eigenmächtig niederreißt, um dem Feuer Einhalt zu tun. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Obrigkeit, welche das Feuerwesen leitet, nicht am Platze war.[22]

Die Eigenmacht ist endlich erlaubt in dringlichen Fällen, wenn sie nur beseitigt, was ein anderer eigenmächtig vornahm.[23]

6. Der Widerspruch wirkt dauernd. Die durch ihn bewirkte Hemmung ist an keine Frist gebunden. Es findet keine Remission statt. Der Prohibierte muß klagen, um sein Recht zur Veränderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen.[24]

7. Die Klage bezweckt Beseitigung des eigenmächtig Hergestellten.[25] Der Urheber des Werkes hat deren Kosten zu tragen; wer bloß als Besitzer verklagt wird, hat nur die Zerstörung auf Kosten des Klägers zu dulden.[26] Der Urheber des Werks hat außerdem dem Kläger sein Interesse zu vergüten.[27]

welcher im Besitze ist, keine Kraft hat. In l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 Ulpianus libro 17 ad edictum wird die Zulässigkeit des i. quod vi aut clam gegenüber einem Bau auf Grund und Boden des Bauherrn darauf zurückgeführt, daß der Prohibierende Besitzer des von ihm prätendierten Rechtes ist, der prohibierte Eigentümer also durch seinen Besitzstand nicht geschützt sei. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Dies steht nicht im Gegensatze zu den oben angeführten Stellen, bildet vielmehr deren Ergänzung. Nicht das ist die Meinung, daß der Sachbesitzer schlechthin vom interdictum quod vi aut clam befreit ist, sondern das ist Rechtens, daß niemand vi oder clam handelt, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Besitzes hält.

22) l. 7 § 4 D. h. t. 43, 24, vgl. oben § 125 Anm. 12.

23) l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. h. t. 43, 24. Vgl. Stölzel a. a. O. S. 407, Duhn, über die exceptio quod vi aut clam im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 n. 3, Ihering in seinen Jahrbüchern B. 15 S. 407, Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1237.

24) Nach l. 3 § 5 D. h. t. 43, 24 soll auch „desinere vi facere", wer „Satisdation" leistet und bereit ist, sich zu verteidigen. Dies kann keinesfalls, wie die Neueren durchgängig annehmen, schlechthin gelten. Denn das hieße jedem die Möglichkeit geben, sich fremden Besitz interimistisch gegen Kaution beliebig anzueignen. Ich fange z. B. an, meine Steine auf des Nachbars Grundstück abzuladen, welches in dessen unbestrittenem und freiem Besitze ist. Muß er dies dulden, wenn ich ihm Bürgschaft für den Schaden stelle? Dies wäre unerhört. Es steht auch im Widerspruch mit l. 5 § 10 D. de o. novi nunt. 39, 1 — oben Anm. 21 —, wonach man nur durch operis novi nuntiatio den Prohibierten zum Besitzer macht. Die l. 3 § 5 D. cit. ist also nur in besonderen Fällen anwendbar, in welchen keiner der Streitenden bisher im Besitze war. Abweichend freilich Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1237.

25) Da es sich um eine Dolusklage handelt, greift das Interdikt nur ein, wenn der Handelnde das Verbot kannte. So l. 20 § 3 D. h. t. 43, 24. Paulus libro 13 ad Sabinum: Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem fecerit, dicendum esse Pomponius ait non incidere eum in interdictum. Anders bei der o. n. nuntiatio, vgl. § 233 Anm. 29.

26) l. 16 § 2 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 67 ad edictum: In summa qui vi

Die Klage verjährt in einem annus utilis, von der Vollendung oder der Sistierung des eigenmächtig vorgenommenen Werkes an gerechnet.[28]

Dritter Abschnitt.

Die Servituten.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Servituten.

§ 235. Begriff und Haupteinteilung der Servituten.[1]

1. Servituten — Dienstbarkeiten — sind dingliche Rechte an fremden Sachen zur Benutzung derselben für die Zwecke bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen.

2. Infolge der Servitut tritt die belastete Sache in den Dienst der Interessen des Servitutberechtigten.[2] Sie dient denselben durch ihre physischen Eigenschaften.[3] Die Servitut nimmt also den Gebrauchswert der Sache in Anspruch,[4] wie das Pfandrecht deren Tauschwert. Die Nutzungen, um welche es sich handelt, sind je nach der Art der

---

aut clam fecit, si possidet — sc. opus — patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

27) l. 15 §§ 7 ff. D. h. t. 43, 24.

28) l. 15 § 4 D. h. t. 43, 24.

1) Emil Hoffmann, die Lehre von den Servituten, Bd. 1, 1838, Bd. 2, 1843: Rudolf Elvers, die römische Servitutenlehre 1856: Oskar Schönemann, die Servituten 1866, Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 157. Notizen über ältere Literatur finden sich bei Schönemann, vgl. auch Hoffmann, Vorrede.

2) Servitus ist der römische Name sowohl für „Servitut" als für „Sklaverei". Beide „dienen" dem herrschenden Subjekt. Doch die rechtliche Natur derselben ist eine durchaus verschiedene. Anders Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 1; vgl. unsere früheren Auflagen.

3) Keller, Pandekten § 163 Anm. 4.

4) Das Recht auf Benutzung der Sache heben als charakteristisch hervor: Puchta, Pand. § 178 und Arndts § 175, so auch Schönemann a. a. O. S. 28; Keller, Pand. § 163 dagegen findet keinen spezifischen Unterschied der Servituten von den übrigen jura in re. Auch Windscheids Definition sieht vom Rechte der Benutzung ab. Er findet das Charakteristische der Servitut im Gegensatz zum Pfandrecht darin, daß die Servitut den Eigentümer nur beschränke, das Pfandrecht die Ermächtigung gebe, ihm sein Eigentum zu entziehen. Elvers endlich definiert die Servitut als „rechtliche Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingierte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache", wobei er sich auf l. 17 D. de except. 44, 1 bezieht. Wie sticht dies doch ungünstig ab gegen die einfache und gesunde Begriffsbestimmung Puchtas!

Servitut verschieden. Bald gewährt die Servitut Früchte oder andere Produkte, bald Gebrauch, z. B. durch Gehen oder Fahren, bald bloß Licht und Aussicht, also die Befugnis, dem Nachbarn Aussicht benehmende Anlagen auf seinem Grundstücke zu verbieten. Liegt auch in solchem Verbietungsrechte ein Recht der Nutzung? Man verneint dies nicht selten und entfernt um deswillen aus der Definition der Servitut jede Beziehung auf deren materiellen Inhalt. Aber nützt man nicht auch Eigenschaften des Nachbargrundstückes, wenn es Licht und Aussicht gewährt? [5]

3. Die Interessen, in deren Dienst die belastete Sache gestellt wird, sind andere bei den Grunddienstbarkeiten — Prädialservituten —, als bei den persönlichen Dienstbarkeiten — den Personalservituten.

a) Die Prädialservituten sind der Förderung der Nutzbarkeit des herrschenden Grundstückes bestimmt. Das einzelne Grundstück ist in seiner Isolierung oft nicht ausreichend ausnutzbar. Es bedarf z. B. eines Weges, um zugänglich, des Wassers, um fruchtbar, des freien Lichtes, um bewohnbar oder gesund und angenehm zu sein. Dann findet es durch eine Prädialservitut in dauernder Weise die erforderliche Ergänzung.

Nicht selten ist der Nachteil, welchen die Servitut dem dienenden Grundstücke zufügt, weit geringer, als der Vorteil, den sie dem herrschenden Grundstücke bringt. Hierauf beruht der volkswirtschaftliche Nutzen der Grundgerechtigkeiten. Unter solchen Umständen einigen die Nachbarn über ihre Begründung sich leicht. Aber freilich kann sich dies im Laufe der Zeiten ändern. Belastungen, die nach der früheren Weise der Bewirtschaftung kaum empfunden wurden, können dem Übergang zu neuen Wirtschaftsformen entgegentreten, welche für den Eigentümer vorteilhaft oder notwendig sind. Dann werden sie zum Hemmnis gesunden Fortschritts und zum wirtschaftlichen Schaden. Der Art verhielt es sich mit den Weidegerechtigkeiten des früheren deutschen Rechtes, die neben der seit alters hergebrachten Dreifelderwirtschaft kaum fühlbar, bei dem notwendigen Übergange zu intensiver Kultur des Landes unerträglich wurden. Eine Weggerechtigkeit ferner an einem landwirtschaftlichen Grundstücke ist oft wenig fühlbar; wird das Grundstück aber infolge der Erweiterung der nahen Stadt Bauterrain, so kann sie höchst lästig werden, da sie seine Besetzung mit Gebäuden hindert.

5) Keller, Pandekten § 163. Auch Buchholtz, Versuche 1831 S. 157 findet die Anwendung des Wortes „benutzen“ auf negative Servituten „gegen den Genius der Sprache“. Hiergegen bemerkt Elvers a. a. O. S. 32: „benutzen heißt Nutzen ziehen, und dies kann man auch durch den passiven Zustand, in dem ein anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf“.

b) Die Personalservituten haben den Zweck, einer bestimmten Person für ihre Lebenszeit eine Sustentation zu gewähren, insbesondere ihr eine lebenslängliche periodische Einnahme zu verschaffen. Das Kapital soll also voll und ganz beim Eigentümer bleiben, der Ertrag aber ganz oder teilweise dem Servitutberechtigten zustehen.

Die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Ziele von Prädial- und Personalservituten mußte zu verschiedener Rechtsgestaltung führen. Namentlich machte sich geltend, daß es sich bei der Prädialservitut um dauernde reale Beziehungen, bei der Personalservitut um vergängliche persönliche Verhältnisse handelt.

Dennoch ist eine Gemeinsamkeit unverkennbar. Sie liegt darin, daß die Personal- wie die Prädialservituten die Nutzung der fremden Sache in der Rechtsform des dinglichen Rechtes in Anspruch nehmen. Um deswillen ordnen bereits die Römer beide Verhältnisse als besondere Arten dem einen Institute der Servitut unter.[6]

§ 236. Dinglicher Charakter der Servituten.

Die Nutzung fremder Sachen wird bald durch persönliche Forderungen vermittelt, bald durch dingliche Rechte gewährt.

Pacht, Miete, Kommodat erzeugen bloß obligatorische Ansprüche auf Benutzung der gemieteten oder kommodierten Sache. Auch Verträge anderer Art und Vermächtnisse begründen häufig nur Forderungsrechte auf Überlassung von Nutzungen.[1] Derartige Geschäfte verbinden nur den Promittenten und dessen Erben, nicht aber dritte Personen, z. B. den Käufer der Sache, deren Nutzungen versprochen sind.[2]

---

6) Im engeren Sinne verstehen die Römer unter den Servituten Grunddienstbarkeiten. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2, l. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Aber Marcianus libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1 formuliert den weiteren Servitutenbegriff: servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum, siehe ferner l. 15 pr. D. eod., l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5, l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3 — Pomponius — „personalis servitus", l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Übrigens wird einmal sogar eine Superfizies als „servitus" bezeichnet, nämlich in l. 86 § 4 D. de leg. I.

1) l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavit: „praestari autem volo ex praediis Potitionis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia": quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit: servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Zur Realservitut fehlte freilich auch die Vizinität der Grundstücke. Vgl. ferner l. 58 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

2) Oft ist zweifelhaft, ob es sich um eine bloß obligatorische Verpflichtung oder

Alles dieses ist anders bei den Servituten.

1. Die Servitut setzt den Berechtigten in ein Verhältnis zu der Sache, welche belastet wird. Die Servitut kann daher jedem gegenüber geltend gemacht werden, der sie stört oder bedroht; sie wird nicht durch actio in personam, sondern durch actio in rem confessoria zur Anerkennung gebracht.

2. Servitus in faciendo consistere nequit ist ein herkömmliches Rechtssprichwort. Die Servitut verbindet nämlich den Besitzer der dienenden Sache nur zum Dulden — pati — oder zum Nichttun — non facere —; keineswegs aber zum Tun — facere.[3]

Dies entspricht dem Wesen des dinglichen Rechtes. Das dingliche Recht stellt die Sache unmittelbar unter die Herrschaft des Berechtigten. Jedermann muß dessen Einwirkung auf die Sache dulden, niemand darf sie stören. Aber außerhalb seines Rahmens liegt eine Verbindlichkeit des Besitzers der Sache zu einem Tun. Das Recht hierauf ist nicht Ausfluß einer Herrschaft über die Sache, bildet vielmehr eine Berechtigung gegenüber den Personen.

Hiernach kann man nach römischem Rechte mit dinglicher Kraft dem Eigentümer der dienenden Sache nicht einmal deren Erhaltung in dienstfähigem Stande auflegen. Dieselbe fällt vielmehr notwendig dem Servitutberechtigten anheim. Der Wegberechtigte z. B. hat den Weg, der Wasserleitungsberechtigte den Kanal über das dienende Grundstück im Stande zu halten.[4]

Einzig die servitus oneris ferendi macht eine Ausnahme. Die stützende Mauer in tragfähigem Stande zu halten, lag nach altem Brauche dem Eigentümer der dienenden Sache ob.[5] Nur durch Derelikton seines

---

eine dingliche Belastung handelt, z. B. ein Villenbesitzer verspricht dem anderen, seine Villa nicht höher zu bauen. Der Zweck des Vertrages wird häufig erkennen lassen, daß es sich um ein s. g. pactum intuitu fundi initum handelt. Ist dies nicht der Fall, so ist eine bloß obligatorische Verpflichtung als das Geringere anzunehmen.

3) l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

4) l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

5) l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Alfeni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet, nam cum in lege aedium ita scriptum esset: „paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit“ satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret. Alfenus begründet die Reparaturpflicht des Eigentümers der dienenden Sache durch Interpretation des herkömmlichen Bestellungsformulars. Denn wenn es

Gebäudes konnte er sich dieser Pflicht entschlagen. Als in der letzten Zeit der Republik die sich entwickelnde römische Rechtswissenschaft das Prinzip formulierte, daß die Servitut ein Tun nicht erzwingen könne, entstand freilich die Frage, ob dasselbe auch auf die servitus oneris ferendi anzuwenden sei. Aquilius Gallus bejahte sie, Servius Sulpicius und Labeo aber nahmen die hergebrachte Praxis in Schutz.[6] Demzufolge behielt es bei ihr sein Bewenden. Dies hatte gute wirtschaftliche Gründe. Es entspricht den Interessen beider Teile, daß die tragende Mauer vom Eigentümer des dienenden und nicht vom Eigentümer des herrschenden Grundstückes repariert wird.[7] Es wäre ungerechtfertigt gewesen, das zweckmäßige Herkommen zu verlassen. Die Logik erkennt zwar, daß die servitus oneris ferendi mit ihrer dem Eigentümer der dienenden Sache aufgelegten Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahrt, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthält. Aber die Logik nötigt uns nicht, ein derartiges Gebilde des positiven Rechtes für unzulässig zu erachten.[8]

---

zum Inhalt des Geschäftes gemacht werde „die Mauer soll im Stande bleiben, wie sie ist" so liege darin, sie müsse so erhalten werden, wie sie sei. Auf das Prinzip servitus in faciendo consistere nequit läßt sich Alfenus überhaupt nicht ein. Von „Spielerei" und „Verhüllung des Tatbestandes", wie Pernice, Parerga in der Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 5 S. 94 findet, kann ich nichts sehen.

6) l. 6 §§ 2 und 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Haec autem actio in rem magis est, quam in personam et non alii competit, quam domino aedium et adversus dominum. sicuti caeterarum servitutum intentio, vgl. l. 8 § 2 D. eod.

7) Für den Eigentümer der dienenden Sache wäre es höchst lästig gewesen, wenn der Servitutberechtigte ein selbständiges Refektionsrecht gehabt und die Mauer, die doch in der Regel vorzugsweise für das dienende Grundstück bestimmt ist, einseitig nach Maßgabe seines Interesses hätte herstellen dürfen. Verweigerte man aber dem Servitutberechtigten das Refektionsrecht, so mußte man die Refektionspflicht selbstverständlich dem Eigentümer der dienenden Sache auflegen, wenn die Servitut Bestand haben und ihre Bestimmung erfüllen sollte. Auf diese Momente hat Elvers a. a. O. S. 61 aufmerksam gemacht. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 524.

8) Mannigfach sind die Versuche der Neueren, die Eigenheit zu erklären. Viele nehmen an, es bestehe bei der servitus oneris ferendi neben der Servitut eine „gesetzliche Obligation zu einem facere". Das heißt aber, was als Einheit gedacht ist, willkürlich zerreißen. Gewiß nicht natürlich ist insbesondere die Ansicht Mühlenbruchs im ziv. Arch. Bd. 14 n. 14 und Vangerows Bd. 1 § 342 Anm. 2, daß nur eine Anwendung des bekannten Satzes des Nachbarrechtes gemacht werde, wonach der Eigentümer einer baufälligen Sache sie entweder reparieren oder aufgeben müsse, so daß das Anomale nur darin liege, daß hier aus der lex servitutis geklagt werde. In dem letzteren Punkte liegt eben das Eigentümliche, und dies wird bei diesem

Nach gemeinem Rechte kann die Reparaturpflicht bei allen Servituten dem Eigentümer der dienenden Sache als Bestandteil der Dienstbarkeit aufgelegt werden. Wie man gemeinrechtlich zahlreiche andere zu einem Tun verpflichtende, dem römischen Rechte fremde reale Belastungen der Grundstücke kennt, so hat man es auch stets für zulässig gehalten, daß mit der Servitut die Verpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstückes zur Erhaltung der für die Übung der Servitut dienenden Anstalten verbunden sei. Nur muß diese Verpflichtung nachweisbar besonders begründet oder durch unvordenkliche Verjährung dargetan sein.[9]

Das gemeine Recht kennt sogar Belastungen, deren Hauptinhalt in einem Tun des jeweiligen Eigentümers der belasteten Sache besteht, z. B. in der Prästation von Renten oder von Holzdeputaten oder in der Leistung von Diensten. Solche Belastungen sind keine Servituten. Sie bilden ein Rechtsinstitut besonderer Art — die Reallasten.[10 11]

3. An eigener Sache ist eine Servitut unmöglich — nulli res sua servit.[12] Demzufolge kann eine Servitut an der eigenen Sache nicht gültig bestellt werden. Ferner erlischt die Servitut durch Konfusion, wenn der Servitutberechtigte das Eigentum der dienenden Sache erwirbt.

Der Ausdruck „fremde Sache" wird hier nur im negativen Sinne gebraucht, d. h. für eine Sache, die nicht im Eigentume des Servitut-

Versuch nicht aufgeklärt. Durchaus verfehlt ist ferner die Behauptung Böckings, Pand. Bd. 1 § 160 Anm. 15: es sei überhaupt nicht richtig, daß der Eigentümer der stützenden Mauer zu einem Tun verpflichtet sei. Denn auch die servitus oneris ferendi fordere nur ein „pati", nämlich „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstück, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden und stützenden". Mit diesem „also" wird der Sprung vom pati zum facere vollzogen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 211a, Anm. 3. Gegen die Ausnahmenatur der servitus o. f. aber auch Kohler a. a. O. S. 197.

9) Siehe Buchka und Budde, Entscheidungen des O.A.G. zu Rostock Bd. 4 S. 123 — bei Seuffert Bd. 17 n. 8 —, O.A.G. zu Berlin bei Seuffert Bd. 26 n. 108. Nach B.G.B. § 1021 kann bestimmt werden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert; besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu haben, so hat nach § 1022 B.G.B. im Zweifel der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 165 S. 473.

10) Früher nannte man die Reallasten wohl servitutes juris Germanici und behandelte sie nach Analogie der Servituten. Derzeit ist niemand darüber im Zweifel, daß die Reallasten eigenartigen Normen unterliegen. Vgl. B.G.B. §§ 1105 ff., Bürg. R. Bd. 3 §§ 199 ff. S. 552.

11) Übrigens haben die Römer die Reallast auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes sehr wohl gekannt. Dies hat Pernice, Parerga in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 67 ff. näher nachgewiesen.

12) l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2; R.G. Entsch. Bd. 47 S. 202.

berechtigten steht. Wird daher die dienende Sache herrenlos, z. B. durch Dereliktion, so erhält sich die Servitut.[13][14]

§ 237. Verhältnis der Servitut zum Eigentumsrechte.

Die Servitut kollidiert mit dem Eigentume der dienenden Sache. Sie geht ihm in ihrer Sphäre vor und hemmt also seine volle Ausübung.

Häufig betrachtet man die Servitut als einen ausgeschiedenen Eigentumsbestandteil.[1] Aber nur um eine Beschränkung des Eigentumes, nicht um Ablösung eines Eigentumsbestandteiles handelt es sich.[2] Sonst wäre stets ein Neuerwerb nötig, damit sich die abgetrennte Servitut mit dem Eigentume wieder vereinige, dem sie entfloß. Dies ist keineswegs der Fall. Vielmehr konsolidiert sich

---

13) Ein hierher gehöriger Fall war nach klassischem Rechte Freilassung eines Sklaven, an dem ein Usufrukt bestand, Ulpian. fragm. I § 19. Die abweichende Bestimmung Justinians in der l. 1 C. communia de manum. 7, 15 beruht auf Utilität. — Ist Okkupation einer Servitut an einer herrenlosen Sache möglich, indem z. B. der Eigentümer eines an der Meeresküste belegenen Hauses nach dem Meere zu einen Balkon anlegt? Sie erkennt Elvers a. a. O. S. 30 an. Ich sehe keinen Grund dafür, ihm hierin zu widersprechen.

14) Eine traditionelle Regel der Römer lautete: servitus servitutis esse non potest. Man schloß hieraus, daß der Eigentümer nicht gültigerweise an seiner Sache den Usus oder Usufrukt eines Wegrechtes bestellen könne, l. 1 D. de usu et usufr. leg. 33, 2, und daß ein Servitutberechtigter keine Servitut auf seine Servitut legen dürfe, l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3: man hielt beides aber schließlich, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, keineswegs fest. Auch zog man die äußerst subtile Konsequenz aus jener Regel, daß der Proprietar nicht einmal mit Zustimmung des Nießbrauchers eine das Recht des letzteren affizierende Servitut bestellen könne, l. 15 § 7, l. 16 D. de usufructu 7, 1. Vgl. jedoch auch Arndts § 179 Anm. 5. Der Grundsatz servitus servitutis esse non potest wurde von den späteren römischen Juristen, wie aus l. 1 D. de usu et usufructu 33, 2 und l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3 hervorgeht, teils beseitigt, teils umgangen. Gemeinrechtlich gilt er jedenfalls nicht, vgl. Adolf Schmidt in Bekkers Jahrbuch B. 3 S. 260 Anm. 27. Auch die Konsequenz, welche die l. 15 § 7, l. 16 D. de usufr. 7, 1 zieht, kann daher keine Anerkennung mehr finden.

1) So Büchel, zivilrechtliche Erörterungen Bd. 1 n. 3 über Verpfändung der jura in re, Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 67; vgl. hiergegen Bangerow Bd. 1 § 338 S. 689 — siehe jedoch auch unten Anm. 4 — und Elvers a. a. O. S. 41, Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 3.

2) Dies gilt namentlich auch für den Nießbrauch, vgl. die oben § 81 Anm. 6 abgedruckte l. 63 D. de usu fructu 7, 1. Allerdings war ein vulgärer, wohl aus alter Zeit überlieferter Spruch: fructus portionis instar optinet, l. 76 § 2 D. de leg. II. Aber die römische wissenschaftliche Jurisprudenz erkannte an, daß der Satz keine volle Wahrheit enthalte. Papinian insbesondere erklärte l 33 § 1 D. de usufructu 7, 1: usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit. Paulus in der l. 4 D. de usufructu 7, 1 dreht die Sache um, „usus fructus in multis casibus pars dominii est“ und verwirft den Spruch geradezu in l. 25 D. de V. S. 50. 16 libro 21 ad edictum: recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est. quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter. Ähnlich schon Papinian in der l. 66 § 6 D. de leg. II. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 132.

das Eigentum unmittelbar und von selbst, sobald die Servitut erlischt. Daß es sich nicht um Ablösung und Übertragung eines Eigentumsbestandteiles handelt, tritt besonders darin zu Tage, daß der Inhalt der Servitut nicht immer identisch ist mit dem, was der Eigentümer aufgibt. Die servitus altius non tollendi z. B. hindert den Eigentümer der dienenden Sache am Bauen, aber dem Servitutberechtigten steht das Recht zum Bauen auf dem Nachbargrundstücke nicht zu, er hat nur ein Verbietungsrecht.[3][4]

Das Maß der Beschränkung des Eigentumes durch die Servitut ist nach mehreren Richtungen hin fraglich.

1. Wieweit behindert die Servitut den Eigentümer an konkurrierender Nutzung?

Die Servitut nimmt nicht selten die Nutzung der dienenden Sache ausschließlich oder doch vorzugsweise in Beschlag. Der Nießbrauch insbesondere gibt das Recht auf die volle Fruchtnutzung. So lange er besteht, darf der Eigentümer die Früchte nicht für sich in Anspruch nehmen. Prädialservituten ferner mit bestimmtem Umfange, z. B. Forstservituten auf eine bestimmte Quantität Holz, Weiderechte mit fixierter Stückzahl Vieh, geben schlechthin ein Vorzugsrecht vor dem Eigentümer. Das Gleiche kann auch bei unbestimmten Prädialservituten der Fall sein, so daß sie bis zum Maße des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes dem Eigentume vorgehen.

Allein dies ist nicht notwendig. Häufig ist gemäß der Bestellungsurkunde, dem Herkommen, der Gesamtheit der Umstände der Sinn der Servitut der, daß der Servitutberechtigte und der Eigentümer nebeneinander nutzen sollen. So wird es z. B. in der Regel sein, wenn dem Nachbar ein Recht auf Wasserschöpfen aus unserem Brunnen eingeräumt ist. Reicht also das Wasser infolge der Vergrößerung des Bedürfnisses

---

3) Vgl. Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 n. 7.

4) Vangerow Bd. 1 § 338 S. 689 behauptet für die servitutes praediorum urbanorum und nur für diese, daß sie von dem Eigentumsrechte wirklich, d. h. dem Rechte nach abgelöste Befugnisse enthielten. Bei ihnen und nur bei ihnen liege eine Verminderung, nicht eine Beschränkung der Eigentumsbefugnisse vor; hier und nur hier bedürfe es eines neuen Erwerbes seitens des Eigentümers, wenn der ausgeschiedene Eigentumsbestandteil wieder mit dem Eigentum vereinigt werden solle. Die Quellen sprächen diesen Gedanken ausdrücklich aus, l. 5 § 9 D. de op. nov. nunt. 39, 1. Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis . . . impositiciam, cum quis postea quam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit. Doch höchst gewagt ist es, aus der unverfänglichen Äußerung des Pedius, der Eigentümer vermindere durch die Bestellung der Urbanalservitut sein Recht, ein juristisches Dogma herzuleiten. Sie gibt nur eine gebrechliche Stütze für das Axiom, daß die Urbanalservitut und nur sie die Ablösung einer Eigentumsbefugnis enthalte. Die Ansicht Vangerows hat keinen Anklang gefunden.

oder teilweisen Versiegens der Quelle nicht für beide aus, so hat eine die Interessen beider Teile gleichmäßig berücksichtigende Regulierung einzutreten. Ebenso ist es in der Regel bei unbestimmten Weideservituten.[5]

2. Da der Eigentümer auch nach Einräumung einer Servitut alle mit ihr verträglichen Befugnisse behält, so ist es ihm häufig möglich, die einem Berechtigten verliehene Gerechtigkeit noch anderen einzuräumen, natürlich unbeschadet der Rechte des ersten Servitutenerwerbers. Er kann z. B. eine Weggerechtigkeit, wie er sie dem Primus bestellte, auch dem Sekundus und Tertius verleihen, oder eine Wassergerechtigkeit successive einräumen.[6]

3. Die Servitut ist schonend — civiliter — zu üben.[7] Der Servitutberechtigte muß also auf den Eigentümer und dessen Wirtschaft

---

5) Vgl. Glück Bd. 10 S. 180 ff. und dort Angeführte: Seuffert, Erörterungen Bd. 2 S. 46 ff. Dagegen Bangerow Bd. 1 § 340 S. 716 und Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 13. Bangerow behauptet, wenn eine Servitut unbestimmt bestellt worden sei, könne dies nur den Sinn haben, es solle die eingeräumte Befugnis in dem Umfange zustehen, in welchem sie überhaupt als Realservitut bestellt werden könne, d. h. soweit das Bedürfnis des herrschenden Grundstückes reiche; es sei also im Falle einer unbestimmten Bestellung doch in Wirklichkeit der Umfang des Rechtes nicht weniger genau bestimmt, als wenn besondere konventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber getroffen wären. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Bedürfnis des herrschenden Grundstückes ergibt das Maximum des Umfanges der Servitut. Sehr wohl kann aber der Umfang darunter bleiben. Ob dies beabsichtigt, ist Frage der Auslegung. So verhält es sich nach allgemeinen Grundsätzen und dies stimmt mit den Quellen. In der l. 6 C. de servit. 3, 34 entscheidet Claudius a. 269 einen Fall, in dem ein Nachbar contra statutam consuetudinis formam eine größere Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte, und erklärt dies für unzulässig; denn es sei durum et crudelitati proximum ex tuis praediis propagari. Der Kaiser beruft sich nicht bloß auf Gewohnheit, sondern auch auf einen allgemeinen Gedanken, welcher dieselbe veranlaßte und der bei der Auslegung von Verträgen über Bestellung von Servituten Verwertung finden kann. Es ist also nicht so ganz unbegreiflich, wie Bangerow meint, daß man sich auf diese Stelle gegen seine Ansicht berufen hat. Die l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4 deutet einen verwandten Gesichtspunkt an. Vgl. B.G.B. § 1019.

6) l. 15 D. communia praediorum 8, 4. Paulus libro 1 epitomarum Alfeni: Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest. l. 2 §§ 1 und 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3 über die a. communi dividundo und negotiorum gestorum zwischen den mehreren Servitutberechtigten.

7) l. 9 D. de servit. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum: Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit, civiliter nam modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Dies alles gilt nicht bloß für Grundgerechtigkeiten, vielmehr nicht minder für persönliche Servituten. Übereinstimmend B.G.B. § 1020. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 166 S. 475.

Rücksicht nehmen und selbst kleine Erschwerungen von dessen Seite dulden.[8] Seine Rechte dürfen aber hierdurch nicht im wesentlichen verkürzt,[9] klare Rechtstitel nicht gebeugt werden.[10]

Zweites Kapitel.

Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 238. Begriff und Wesen der Prädialservituten.

Prädialservituten — Grunddienstbarkeiten — sind mit einem Grundstücke verknüpfte, zu dessen Nutzen bestimmte dingliche Rechte an fremden Grundstücken.[1] Sie fordern also ein herrschendes und ein dienendes Grundstück.

Die Prädialservituten kommen dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes zu gute. Sie stehen jedem Nachmann des ersten Erwerbers zu, mag er das Grundstück nun durch Universalsuccession

---

8) Es besteht beispielsweise ein Recht der Durchfahrt über den Hofraum des Nachbarn. Dieser läßt da, wo der Servitutberechtigte bisher offen einfuhr, zur Sicherung seines Eigentums ein Tor errichten und es mit einem Riegel verschließen, so daß nun der Servitutberechtigte, ehe er durchfahren kann, sich in den Hofraum des Nachbarn begeben und dort mittels Zurückschieben des Riegels das Tor öffnen oder den Nachbarn zur jeweiligen Öffnung veranlassen muß. Kann der Servitutberechtigte Beseitigung des Tores oder doch des daran befindlichen Riegels fordern? Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich in der Tat um eine erhebliche Erschwerung des Rechtes der Durchfahrt handelt. Dies ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die Durchfahrt nicht regelmäßig, sondern nur bei besonderen Gelegenheiten zur Ausübung kommt. Seuffert, Archiv Bd. 12 n. 7, Bd. 24 n. 14, 16.

9) Das Ortsübliche ist hierbei vor allem maßgebend. Es genügt z. B. bei einer Viehtrift, daß der Wegeberechtigte die Herde in der Art, wie die Landleute der Gegend ordentlicherweise zu tun pflegen, über den Weg treibt; ungewöhnliche Maßregeln, um das Überlaufen des Viehes vom Wege zu verhindern, hat er nicht zu treffen. Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 103.

10) Die Verlegung der Servitut auf ein anderes Grundstück des Eigentümers der dienenden Sache darf dem Servitutberechtigten nicht aufgenötigt werden, selbst wenn sie dem Servitutberechtigten keinen erheblichen Schaden brächte. Denn dies wäre nicht Modifikation der Ausübung der bestehenden Servitut, sondern deren Aufhebung und Begründung einer neuen Servitut. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 118. Die Verlegung auf einen anderen Teil des belasteten Grundstücks kann zulässig sein, B.G.B. § 1023.

1) l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

oder Singularsuccession[2] oder in anderer Weise, z. B. durch Ersitzung erlangen.[3] Sie verbinden sich also derart mit dem Grundstücke, daß sie ihm wie eine Eigenschaft zugehören.[4]

Diese Rechtsbildung entspricht den allgemeinen Rechtsgedanken der Römer keineswegs. Nach ihnen erschafft das Individuum seine Rechte selbsttätig und bindet sie an seine Person und an diejenige seiner Erben. Die Verknüpfung von Rechten mit einem Grundstücke war den Römern sonst fremd. Dagegen liebt das deutsche Recht, die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke ein für allemal durch Rechtsordnungen zu bestimmen, welche den Wechsel der Individuen überdauern. Hier sind auch die Grundgerechtigkeiten weit mehr begünstigt als in Rom.

Manche Schriftsteller fassen das herrschende Grundstück geradezu als das Rechtssubjekt der Prädialservitut, — als eine juristische Person auf und suchen so die Verknüpfung der Servitut mit dem Grundstücke juristisch zu rechtfertigen.[5] Hierfür scheint auch die Redeweise der Quellen zu sprechen, wonach die Servitut „dem Grundstücke zusteht", „ihm geschuldet wird".[6] Aber das wäre ein Zerrbild einer

2) l. 12 D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt. Vgl. auch l. 47 — l. 49 D. de contr. empt. 18, 1.

3) Vgl. l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum. Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

4) l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt „jura praediorum" quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo, vgl. l. 12 D. quemadm. serv. am. 8. 6. Die Zusammenstellung der juristischen und der natürlichen Eigenschaften eines Grundstückes ist geistreich, keinesfalls aber als Identifizierung zu denken, vgl. übrigens Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 97 ff. Manche bezeichnen die Prädialservitut als „Erweiterung des Eigentumes", wofür man sich auf l. 5 § 9 D. de o. n. n. 39, 1 — abgedruckt oben § 237 Anm. 4 — zu berufen pflegt. Hiergegen führt Schönemann a. a. O. S. 105 mit Recht aus: das Eigentum an der herrschenden Sache ist die volle rechtliche Herrschaft über dieselbe; der Erwerb einer Prädialservitut aber ist keine Erweiterung der Herrschaft über diese Sache, sondern die Hinzufügung eines Stückes Herrschaft über eine andere Sache. Die Römer bezeichnen denn auch die Servituten als „unkörperliche Sachen", obgleich sie dem Eigentum hinzutraten, welches als etwas „Körperliches" gilt, l. 14 D. de serv. 8, 1.

5) So namentlich Böcking, Inst. § 62 d, Pand. Bd. 1 § 38. Dagegen aber die neueren Schriftsteller, vgl. Elvers S. 95, Windscheid Bd. 1 § 57 Anm. 10.

6) Vgl. z. B. l. 12 D. de serv. 8, 1 „fundo recte servitus adquiritur", l. 31 D. de serv. pr. rust. 8, 3 „fundo servitutem aquae quaesierat", l. 13 pr. D. eod. und gar l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 „sententia praedio datur". Arndts a. a. O. weist darauf hin, daß sich auch findet „pecori cui adpulsus debetur" l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und „ager itineri aut actui servit", l. 13 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die römischen Juristen waren bemüht, ihren Gedanken einen anschaulichen und passenden Ausdruck zu geben. Aber sie haben nicht jede Wendung so zugespitzt, daß man aus ihr ein Dogma herleiten könnte. Damit hätten sie sich jeder Freiheit begeben. Unbefangen bezeichnen sie an anderen Orten den

juristischen Person und ist sicher nicht die römische Konstruktion. Die Quellen sprechen kaum minder häufig die Servitut dem Eigentümer der herrschenden Sache, als dem Grundstücke zu. Und, was mehr ins Gewicht fällt, die Rechtssätze der Prädialservituten stehen jener Konstruktion entgegen. In dieser Hinsicht ist besonders zu beachten, daß die Servitut durch Konfusion erlischt, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstückes zugleich Eigentümer des dienenden wird. Wäre das Grundstück das Rechtssubjekt, so stünde in einem solchen Falle der Fortdauer der Servitut nichts im Wege, man müßte sie höchstens als ruhend erachten, solange die beiden Grundstücke in derselben Hand wären. [7]

Das Grundstück ist das Medium, an welches das Recht des jeweiligen Eingentümers geknüpft ist. Folgerecht ist die Prädialservitut vom herrschenden Grundstücke nicht trennbar, nicht einmal ihr Gebrauch ist übertragbar. Gegen diese Rechtskonsequenz kämpfte jedoch die Utilität und das Bedürfnis des Lebens an, und zwar nicht ganz ohne Erfolg. Wenigstens bei Wasserleitungen kann der Eigentümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen, auch Dritten den Wassergenuß zu überlassen. [8]

Das herrschende Grundstück kann ein unbebautes — praedium rusticum — oder ein Gebäude — praedium urbanum — sein. Auch zu Gunsten eines künftig zu errichtenden Gebäudes kann die Servitut be-

---

Eigentümer des herrschenden Grundstückes als den Berechtigten, z. B. in l. 17 § 3 D. de serv. pr. urb. 8, 2 „pollicetur venditor sibi servitutem deberi", ferner in der oben Anm. 1 abgedruckten l. 1 § 1 D. comm. praed. 8. 4 und in l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. — Der Ausdruck praedium serviens ist häufig, dagegen ist der Ausdruck praedium dominans den Quellen nicht geläufig.

7) Auch B.G.B. § 1018 besagt: Ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belastet werden.

8) l. 44 D. locati 19, 2. Ulpianus libro 7 ad edictum: Locare servitutem nemo potest. l. 24 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. Vgl. übrigens l. 1 § 16 D. de aqua cottidiana 43, 20, l. 33 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Africanus libro 9 quaestionum: Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. — Das pactum und die stipulatio, von denen hier gesprochen wird, ist ein bei der Bestellung der Wasserleitung zugefügter, das Servitutenrecht erweiternder Nebenvertrag. Meist betrachtet man jedoch den Vertrag über die Einräumung des Schöpfrechtes als das pactum, von welchem der Jurist spricht. Infolgedessen kommt Vangerow Bd. 1 § 338 S. 695 zu dem Resultate, „daß der haustus ex rivo hier nicht als dingliches Recht, sondern nur als obligatorisches Recht durch pactum oder stipulatio konstituiert werde".

stellt werden.[9][10] Gemeinrechtlich kommen Servituten ferner zu Gunsten wie auch zu Lasten von selbständigen Gerechtigkeiten, insbesondere von Bergwerken, sowie von größeren territorialen Kreisen, z. B. ganzen Ortschaften, vor.[11]

§ 239. Einteilungen der Prädialservituten.

1. Die oberste Einteilung der Prädialservituten war den römischen Juristen diejenige in Felddienstbarkeiten — servitutes praediorum rusticorum — und in Gebäudedienstbarkeiten — servitutes praediorum urbanorum.[1]

Zu den Felddienstbarkeiten gehören Rechte auf Weg — iter, actus, via —, auf Wasser — aquaeductus —, sowie auf landwirtschaftliche Nutzungen,[2] zu den Gebäudeservituten Rechte zu baulichen Konstruktionen des herrschenden Gebäudes auf fremden Grundstücken — z. B. oneris ferendi — und auf Aussicht und Licht.[3]

Was war das Einteilungsprinzip? Maßgebend war die Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes. Servituten, die in der Regel Feldgrundstücken zustanden, klassifizierte man als Felddienstbarkeiten und diejenigen, welche regelmäßig Gebäuden angehörten, als Gebäudeservituten.[4] Feldgrundstücke sind aber nicht bloß landwirtschaftliche, sondern auch sonstige unbebaute Plätze, z. B. Abladestätten, Trockenplätze.

Servituten, die in der Regel Gebäuden zustehen, können im

---

9) l. 23 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

10) Auch zu Gunsten eines Grabdenkmals wurden Servituten gültig bestellt, l. 14 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 1 D. si serv. 8, 5.

11) R.G. Bd. 4 S. 132, Bd. 7 S. 167. Die Berechtigung kann zu Gunsten der Gemeindeglieder allgemein sein, z. B. des Inhalts, daß ein Park dem Publikum zum Besuche offen stehen soll — R.G. Bd. 14 S. 214 —, oder zu Gunsten bestimmter Kategorien von Gemeindegliedern. Klagt die Gemeinde und erwirkt rechtskräftige Verurteilung, so macht dies Rechtskraft zu Gunsten der beteiligten Gemeindeglieder. Das einzelne Gemeindeglied hat das Klagerecht nicht, R.G. Entsch. Bd. 44 S. 145. Vgl. oben § 61 Anm. 12.

1) Zachariä von Lingenthal: über die Unterscheidung von servitutes rusticae und urbanae 1844; Vangerow Bd. 1 § 339 S. 700; Kindervater, Einteilung der servitutes in urbanae und rusticae in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 4; Hölder im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 4.

2) l. 1 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3, vgl. pr. § 2 J. de servit. 2, 3.

3) l. 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

4) Dies ist die derzeit herrschende Ansicht. Sie teilte Puchta § 183 Anm. f; Böcking, Instit. § 161 Anm. 12 ff. und Anhang I; Brinz Bd. 1 § 189; Arndts § 184 Anm. 3; im wesentlichen auch Windscheid Bd. 1 § 210 Anm. 2. Erhärtet wird sie durch § 1 J. de serv. 2, 3 „praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent", vgl. auch § 3 J. eod. und l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 3. Näheres in unseren früheren Auflagen.

gegebenen Falle einem Feldgrundstücke dienen, z. B. eine freie Aussicht einem Park und eine servitus oneris ferendi einer Weinbergsterrasse. Dann sind sie im besonderen Falle Felddienstbarkeiten.[5] Umgekehrt kommen Wegerechte und Wasserleitung sehr wohl zu Gunsten von Gebäuden vor und sind dann Gebäudeservituten.

Felddienstbarkeiten werden überwiegend durch eine Tätigkeit des Servitutberechtigten ausgeübt — so namentlich Wegerechte —, Gebäudeservituten werden dagegen entweder durch ein Verbieten oder durch das Haben einer baulichen Konstruktion ausgeübt. Daher hat man die Behauptung aufgestellt, daß die Römer die Servituten des Verbietens und Habens Gebäudeservituten und die ein Tun des Berechtigten offenstellenden Servituten Felddienstbarkeiten genannt hätten.[6] Dies ist aber unbegründet. Wie wäre man dazu gekommen, Servituten des Verbietens und des Habens unter einen Begriff zu bringen und als Gebäudeservitut zu bezeichnen. Die Wasserleitungsservitut zudem gewährt ein Haben und ist doch Feldservitut.

2. Die neuere Doktrin teilt die Servituten in Gemäßheit der eben berührten Verschiedenheit ein in affirmative und negative.

Affirmativ sind diejenigen, welche eine unmittelbare physische Einwirkung auf das dienende Grundstück verstatten. Es gehören hierher die Servituten, die ein Haben zum Inhalte haben (serv. habendi), z. B. die s. oneris ferendi,[7] sowie diejenigen, welche zu einem Tun ermächtigen (serv. faciendi), z. B. zum Auftreiben einer Herde.

Negative heißen Servituten, die durch Verbote geltend gemacht werden — s. prohibendi —, z. B. die Servitut, wonach der Nachbar sein Gebäude nicht erhöhen darf.

3. Man unterscheidet endlich ständige Servituten — continuae, und nichtständige — discontinuae.

Ständig sind im eigentlichen Sinne Servituten, welche einen dauernden Zustand sichern, sei es, daß er durch ein „Haben" oder ein „Verbietungsrecht" gewährleistet ist. Ständig nennt man aber auch Servituten auf ein „Tun", welches jederzeit zulässig ist. In

---

5) So erklärt sich wohl l. 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium vel protectum habere licere. Brinz Bd. 1 S. 766 nimmt an, es handle sich um Gebäude auf Feldgrundstücken, die nur Zubehör des Landgutes seien. Da nun das Gut die Hauptsache sei, so bezeichne man die Servitut um deswillen als Felddienstbarkeit.

6) So Vangerow a. a. O. und bis zu einem gewissen Grade Hölder a. a. O.

7) Vgl. l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

diesem Sinne ist z. B. ein gewöhnliches Wegerecht ständig, obgleich physisch eine ununterbrochene Ausübung desselben natürlich nicht möglich ist.[8]

Unständig sind Servituten, die nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. das Recht, die Ernte abzufahren oder der Frühlingsbewässerung.[9]

§ 240. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück.

Die Nachteile, welche die Servitut im Gefolge haben kann, — Behinderung des Eigentümers, falls Veränderungen der dienenden Sache nötig werden, Gefahr von Konflikten der Nachbarn über das Maß der Ausübung der Servitut — nimmt das Recht nur um erheblicher Vorteile willen in den Kauf. Insbesondere machte das römische Recht strenge Anforderungen an die Prädialservituten, um das hohe Gut der Freiheit des Eigentumes tunlichst zu wahren.[1]

1. Fundamentalerfordernis ist Nutzen der Grundgerechtigkeit für das herrschende Grundstück. Die Servitut muß „praedio utilis" sein.[2] Damit ist gemeint, daß sie dem Berechtigten Vorteile durch Vermittelung des dienenden Grundstückes bringen muß.

In der Regel handelt es sich um pekuniären Nutzen, also Hebung des Ertrages des herrschenden Grundstückes. Aber auch in allgemein geschätzten Annehmlichkeiten kann der Vorteil der Servitut bestehen, z. B. in freier Aussicht oder in einem Springbrunnen.[3] Dinge, die wohl dem einen oder anderen angenehm wären, aber nicht allgemein als ein Gut gewürdigt werden, können den Inhalt von Prädialservituten nicht bilden, z. B. nicht das Recht, in fremden Gärten spazieren zu gehen, dort zu speisen.[4]

---

8) l. 14 pr. D. de serv. 8, 1.

9) Das Recht der Wasserleitung durch Röhren ist eine servitus continua, auch wenn das Wasser nicht immer fließt. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 14.

1) Schrader, zivilistische Abhandlungen 1816 Abschn. 2 n. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten? Kohler a. a. O. S. 169.

2) Vgl. B.G.B. § 1019: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden." Die römischen Juristen sprechen dies nicht so abstrakt aus. Sie forderten zunächst Vizinität und Perpetuität. Erst allmählich trat die Utilität als bestimmend hervor, l. 5 D. si serv. vind. 8, 5.

3) l. 3, 12, 15 D. de serv. pr. urb. 8. 2, l. 3 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

4) l. 8 pr. D. de servit. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus servitus imponi

Was ferner bloß der Person des Eigentümers, nicht dem Nutzen seines Grundstückes dient, z. B. einem auf dem Grundstücke, aber nicht mittels des Grundstückes betriebenen Gewerbe,[5] kann als Prädialservitut nicht bestellt werden. Dagegen steht der Einräumung einer Servitut nichts im Wege, wenn sie zwar für den zeitigen Eigentümer des Grundstücks ohne Vorteil, aber dem Grundstücke objektiv nutzbar ist.[6]

Das Bedürfnis des herrschenden Grundstückes bestimmt das höchste Maß der Servitut. Beispielsweise gibt eine Servitut zur Gewinnung von Töpfererde das Recht auf das, was der Produktion des herrschenden Grundstückes und auch der Verwertung seiner Produkte, etwa in Gestalt von Versandkrügen dient; zum

---

non potest. Vgl. Schrader, zivilistische Abhandlungen Abt. II n. 6. Eine porticus ambulatoria kann man sich als Urbanalservitut bestellen lassen, l. 8 § 1 D. si serv. 8, 5. Woher der Unterschied? Es ist etwas anderes, einen bestimmten Platz zum ausschließlichen Gebrauche auf fremdem Grundstücke zu haben, und etwas anderes, da zu spazieren und zu speisen, wo der Eigentümer der dienenden Sache und seine Familie und Gesinde gleichen Zutritt haben. Im letzteren Falle ist der Wert der Berechtigung von persönlichen Beziehungen abhängig. Die Freude am Aufenthalte im fremden Garten wird durch unfreundliches Verhalten des Eigentümers leicht vergällt, ohne daß man diesem ernstlich beikommen kann. Vgl. Kohler a. a. O. S. 169.

5) Ebenso nimmt R.G. Bd. 30 S. 207 an, daß Realservituten zu Gunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbes nur dann zulässig sind, wenn jenem Grundstücke für dieses Gewerbe eine bleibende Einrichtung gegeben ist.

6) l. 19 D. de serv. 8, 1. Labeo libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatorum: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret. nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis non utilia sunt. Zwei Ansichten stehen sich vorzugsweise gegenüber. a) Viele — insbesondere Thibaut, zivilistische Abhandlungen n. 3 und Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 553 — finden hier den Satz, man könne sich beim Verkauf eines Grundstückes unnütze Servituten retinieren; nur selbständig bestellen könne man unnütze Servituten nicht. Zur Unterstützung führt Thibaut an, es sei zulässig, von 6 Bänden eines einheitlichen Werkes 5 zu verkaufen, um deswillen bleibe uns doch der sechste zu eigen, auch wenn er wertlos sei. Dies Beispiel paßt aber nicht. Denn, mag der sechste Band wenig Wert haben, völlig wertlos ist er nicht. Ferner aber ist der Vorbehalt einer Servitut die Neubestellung eines Rechtes, nicht Zurückhaltung eines Eigentumsbestandteiles. Die vorbehaltene Servitut unterliegt daher den allgemeinen Grundsätzen des Servitutenrechtes. b) Nach der anderen Ansicht spricht Labeo von einer Servitut, welche für den Verkäufer persönlich nach der Art seiner Benutzung des herrschenden Grundstückes keinen Vorteil hat, wohl aber für das Grundstück von Nutzen sein kann. Hierauf weist das Beispiel der Wasserkraft, welche sehr wohl dem Grundstücke des Verkäufers, aber nicht ihm für seine Person nützlich sein kann. Daß zufällig nur vom Reservieren der Servitut die Rede ist, hat einen rein praktischen Grund. Man wird nicht leicht eine Wasserservitut, die nicht umsonst zu haben ist, für sein Grundstück erwerben, wenn man sie nicht selbst zu benutzen denkt. Aber eine solche beim Verkaufe eines Grundstückes vorzubehalten, wo sie möglicherweise ohne besonderen Einfluß auf den Kaufpreis ist, liegt oft recht nahe. So im wesentlichen auch Kohler a. a. O. S. 308. Über die Stilisierung Labeos siehe oben § 36 Anm. 4. Übrigens annotiert Mommsen zur l. 19 hinter „et si“: „ipsi“ ins. cum Bas.

selbständigen Verkaufe von Töpferwaren darf die Erde dagegen nicht entnommen werden.[7]

Die Prädialservitut wird in der Regel für die Dauer geschaffen. Im Laufe der Zeiten ändern sich Benutzungsweise und Bestimmung des herrschenden Grundstückes. Tritt infolgedessen eine Verringerung des Bedürfnisses ein, so mindert sich der Umfang der Servitut. Wie aber, wenn sich das Bedürfnis vermehrt? Dies bleibt notwendig ohne Einfluß, wenn die Servitut von fixiertem Umfange ist, z. B. das Recht der Weide mit einer bestimmten Stückzahl gibt. Fehlt die bestimmte Begrenzung, dann ist nach der einen Ansicht das Bedürfnis zur Zeit der *Bestellung* im Zweifel dauernd die Norm.[8] Nach einer anderen schmiegt sich die unbestimmt gelassene Servitut elastisch dem *jeweiligen Bedürfnisse* an. Das Richtige liegt in der Mitte. Da die Wandelbarkeit der Benutzungsweise eine naturgemäße und voraussehbare ist, so läßt sich nicht annehmen, daß der status quo, wie er bei Begründung der Servitut bestand, jederzeit maßgebend sein sollte, vielmehr unterliegt die Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirtschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. dessen intensivere Kultur herbeiführen.[9] Dagegen kann das belastete Grundstück nicht für außerordentliche Veränderungen im herrschenden Grundstücke, welche eine erhebliche Erschwerung der Belastung herbeiführen, in Anspruch genommen werden.[10] Keinesfalls ist die Servitut in Fällen willkürlicher Vergrößerung der herrschenden Sache den hinzugefügten Flächen dienstbar.[11]

2. Nach altrömischem Rechte forderte die Servitut *Nachbargrundstücke*, praedia vicina, d. h. die Grundstücke mußten unmittelbar aneinander angrenzen.

Später begnügte man sich bei Urbanalservituten mit bloßer Utili-

---

7) l. 5 § 1, l. 6 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

8) Dies verteidigt namentlich Ihering in seinem Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Zentralbahn Basel 1877 S. 10. Er behauptet daher, als Maß einer ganz unbestimmten „Weidegerechtigkeit" würde für alle Zeiten diejenige Zahl der Kühe zu Grunde zu legen sein, welche der Berechtigte nach dem damaligen Stande der Landwirtschaft hätte halten können. Dies nachzuweisen, wird seine Schwierigkeiten haben, wenn die Servitut aus alten Zeiten stammt.

9) Das *zeitige Bedürfnis*, nicht das der Zeit der Servitutbegründung erklärt hiernach l. 5 § 1 a. E. D. de serv. pr. rust. 8, 3 als maßgebend.

10) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 331, O.L.G. Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. 55 Nr. 68. Die Erschwerung einer Wegservitut, welche durch Verwandlung des herrschenden Grundstückes aus einem Forste in Ackerland erwächst, muß in der Regel der Eigentümer des belasteten Grundstückes dulden, die Erschwerung durch Anlegen eines Steinbruches oder einer Fabrik aber nicht.

11) l. 24, l. 29 D. d. serv. pr. rust. 8, 3.

tät.[12] Und dies gilt gemeinrechtlich bei allen Servituten. Die Grundstücke müssen also nach ihrer Lage Nutzen ermöglichen, nicht notwendig ist aber, daß sie Nachbargrundstücke sind. Zulässig ist z. B. eine Servitut zu Gunsten eines der Flußüberschwemmung ausgesetzten Grundstückes, wonach viele Meilen oberhalb belegene Grundstücke überströmendes Flußwasser aufzunehmen und abzuleiten haben.[13]

3. Die Prädialservitut mußte endlich nach altrömischer Auffassung in sich die Gewähr der Dauer haben.

Daher ließ man ursprünglich weder Zeitbestimmungen noch Bedingungen bei der Bestellung der Servituten zu. Mit Anfang der Kaiserzeit aber erhielten solche Nebenbestimmungen Geltung.[14]

Außerdem aber forderte man eine causa perpetua,[15] d. h. die

12) In dem altrömischen Prinzipe, daß die Grundstücke vicina sein, d. h. daß sie unmittelbar aneinander stoßen müßten, lag eine außerordentliche Beschränkung der Servituten. Nur allmählich und nur teilweise gelangte man dahin, hiervon abzusehen und sich damit zu begnügen, daß das dienende dem herrschenden Grundstücke Nutzen bringen könne. Für Felddienstbarkeiten hielt man an dem Requisit wahrer Vizinität dauernd fest, l. 7 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Paulus libro 21 ad edictum: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Damit steht die l. 23 § 3 D. eod. von Paulus entschieden nicht im Widerspruche, wie Elvers S. 172 vermeint; denn das ist freilich gleichgültig, ob die Servitut am dazwischen liegenden Grundstücke jure oder patientia, d. h. nach prätorischem Rechte eingeräumt ist. Vgl. übrigens auch l. 14 § 2 D. de serv. 8, 1. Bei Gebäudeservituten, insbesondere Aussichtsgerechtigkeiten, sah man von der Vizinität ab und begnügte sich mit der utilitas servitutis, wie dies wiederum Paulus in der l. 5 D. si serv. vind. 8, 5 hervorhebt, vgl. l. 4 § 8. l. 6 pr. D. eod., l. 1, l. 38, l. 39 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Hiermit stimmt die Äußerung von Paulus in der l. 8 pr. D. de o. novi nunt. 39, 1 überein: „et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt; desgleichen Ulpianus libro 28 ad Sabinum l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4: Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Die Gleichstellung der serv. pr. rust. mit den Urbanalservituten bezieht sich auf die Zulässigkeit der Reservation, nicht auf das Absehen der Erfordernisse der Vizinität der „aedes". Nur für diese genügt „Utilität" statt „Vizinität". Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 533 will bei reservierten Servituten sowohl von Vizinität als von Utilität absehen. Dies ist aber nicht die Meinung der l. 6 pr. D. cit. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 110. Die neueren Schriftsteller identifizieren meist die Vizinität ohne weiteres mit der Utilität, vgl. Elvers § 18, Vangerow Bd. 1 § 340 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 209 Hiergegen namentlich Kohler a. a. O. S. 183, der auch für das B.G.B. an dem Erfordernisse der Vizinität festhält.

13) Wegfall der Vizinität in diesem Sinne behindert zwar die Ausübung der Servitut, bewirkt aber noch nicht den Untergang, l. 13 D. quemadm. s. a. 8, 6. R.G. Bd. 26 S. 167.

14) l. 4 pr. D. de servit. 8, 1. Vgl. Schrader, Abhandlungen S. 324.

15) Schrader, Abhandlungen S. 307. Perozzi perpetua causa nelle servitu prediali romane in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 14 S. 175 leugnet das Erfordernis der causa perpetua im röm. Rechte, vgl. hierüber Max Weber in der Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 14 S. 290.

natürliche Beschaffenheit der dienenden Sache mußte den Nutzen der Servitut gewährleisten.[16] Insbesondere sollten Wasserleitungen und andere Wasserservituten, wodurch Wasserbehälter verändert werden, nur an lebendigen Quellen, nicht an Teichen, die sich auf andere Weise bilden, oder gar an Zisternen bestehen. Ganz folgerecht wurde die Anforderung der causa perpetua indessen nie durchgeführt.[17]

§ 241. Unteilbarkeit der Prädialservituten.[1]

Die Prädialservituten sind unteilbar, d. h. sie können sich nicht an einen bloß ideellen Teil eines Grundstückes knüpfen und nicht einen bloß ideellen Teil eines Grundstückes belasten.

1. Ein altes römisches Rechtssprichwort besagt, daß Servituten nicht anteilig erworben und nicht anteilig aufgelegt werden können.[2] Alle Miteigentümer des herrschenden und alle Miteigentümer des dienenden Grundstückes müssen also zur Begründung der Servitut mitwirken. Ursprünglich wurde hierzu gleichzeitiges Handeln der Miteigentümer erfordert. Nach späterem Rechte reicht es aus, daß sie zu verschiedenen Zeiten einwilligen; der letzte Bestellungsakt konfirmiert die früheren;[3] in der Zwischenzeit dürfen Miteigentümer der

16) l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat — neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit —, at quod ex caelo cadit, et si non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest: stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Vgl. hierzu Kohler a. a. O. S. 192.

17) l. 1 §§ 5, 7, 8 D. de aqua cottidiana 43, 20, vgl. ferner l. 23 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22. Siehe dann aber auch l. 9 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 2 D. communia praediorum 8, 4.

1) Schrader, Abhandlungen S. 284. Dort wird als gute Dissertation angeführt: Uhland praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua, Tubing. 1810; eine weitere Dissertation ist von Heinzelmann, die Unteilbarkeit der Servituten — 1852, Titel ohne Jahreszahl, vgl. hierüber Kuntze in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 546. Siehe auch Steinlechner, Wesen der juris communio I §§ 15—17, II § 36, David, Unteilbarkeit d. Servit., Inauguraldiss. Tübingen 1888, G. Rümelin, Teilung der Rechte S. 25 und in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 424, Fritz Ehrhardt, die Teilbark. der Servituten, Greifsw. Diss. 1899.

2) l. 32 D. de serv. pr. rust. 8, 3 dici solet „per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse". In l. 11 D. de serv. 8, 1 hat der Spruch die Form „pro parte dominii servitutem adquiri non posse".

3) l. 18 D. communia praediorum 8, 4 Paulus libro 1 manualium. Hier wird noch der Satz festgehalten: si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur. Ja es wird das von verschiedenen Miteigentümern erteilte Legat einer Prädialservitut als ungültig erklärt, wenn die Erbschaften zu verschiedenen

dienenden Sache, welche die Servitut bewilligten, ihrer Ausübung nicht entgegentreten.[4]

2. Die bestehende Servitut wird durch Ereignisse in der Person einzelner Miteigentümer der herrschenden oder der dienenden Sache nicht berührt — servitus per partes retinetur. Daher erhält sie sich namentlich ganz, wenn ein Miteigentümer des herrschenden Grundstückes der Eigentümer des dienenden oder ein Miteigentümer des dienenden Eigentümer des herrschenden Grundstückes wird.[5]

Nur die Beschränkung auf ideelle Teile ist unzulässig; einer Beschränkung der Servitut auf körperliche Teile des herrschenden sowie des dienenden Grundstückes steht dagegen nichts im Wege.[6]

Im Falle körperlicher Teilung des herrschenden Grundstückes ist jedes Trennstück servitutberechtigt.[7] Setzt die Servitut jedoch gewisse Eigenschaften bei der herrschenden Sache voraus, so kann sie nur solchen Trennstücken zukommen, welchen diese Eigenschaft innewohnt.[8] War die Servitut an einen bestimmten Teil des Grundstückes geknüpft, z. B. an den Bauernhof eines Gutes, so verbleibt sie diesem Teil ganz auch nach der Zerstückelung.[9]

Ist die Servitut auf ein bestimmtes Maß beschränkt, so erhält nach der Teilung des herrschenden Grundstückes jede Parzelle einen

---

Zeiten angetreten werden, also auch die Erwerbung des Legates in verschiedene Zeiten fällt; vgl. Schrader a. a. O. Es sind dies Überreste altrömischer Rechtsauffassung.

4) l. 11 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Celsus libro 27 digestorum: Per fundum, qui plurium est jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

5) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat. l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Vgl. B.G.B. § 1009.

6) l. 6 D. de servit. 8, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest. l. 6 § 1 D. comm. praediorum 8, 4. R.G. Bd. 14 S. 24. Nach älterem Rechte war wohl auch die Beschränkung der Servitut auf körperliche Teile der Sache unzulässig; vgl. Schrader a. a. O.

7) l. 6 § 1 D. quemadmodum servit. amittuntur 8, 6. Celsus libro 5 digestorum . . . Celsus respondit: si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit. Vgl. Steinlechner a. a. O. Bd. 1 S. 59 Anm. 1, S. 60 Anm. 1 und dort Angeführte. B.G.B. § 1025.

8) An einer Sommerweide z. B. kann ein Trennstück des herrschenden Gutes nur partizipieren, wenn es im stande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern. Denn die Fähigkeit, Vieh zu überwintern, ist Voraussetzung des Weiderechtes.

9) Vgl. hierzu B.G.B. § 1025 Satz 2: Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile.

ihrer Größe entsprechenden Anteil. So ist es z. B. bei einem Weiderechte mit einer bestimmten Stückzahl Vieh.[10] War dagegen die Servitut eine unbemessene, z. B. eine Wegegerechtigkeit, so haben die Eigentümer jeder Parzelle gleichmäßig das volle Recht. Würde indessen hierdurch die Lage des belasteten Grundstückes erheblich erschwert, so muß auch bei unbemessenen Servituten angemessene Teilung der Ausübung eintreten. Im Falle der Teilung des dienenden Grundstückes haftet die Servitut an jedem Trennstücke. Ruhte dieselbe aber auf einem bestimmten Teile des Grundstückes, so werden im Falle der Trennung die übrigen Teile frei.[11]

Die Unteilbarkeit der Servitut hindert nicht, daß sie, sei es durch Vertrag, sei es infolge Verjährung auf einen bestimmten Grundstücksteil eingeschränkt wird.[12]

II. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.

§ 242. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte.

I. Nach gemeinem Rechte kann man beliebige Arten von Grunddienstbarkeiten hervorrufen, sofern nur ihre allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind. An die einzelnen römischen Typen ist man hierbei nicht gebunden.[1] So auch nach B.G.B.

Daher bemißt sich der Inhalt der Servituten vornehmlich nach der Vereinbarung; wenn sie in einer Ersitzung wurzeln, nach der Ausübungsweise während der Ersitzungszeit.[2] Des weiteren ist der lokale Brauch zu berücksichtigen. Nur soweit es hiernach an einer Norm fehlt, sind die römischen Entscheidungen über den Inhalt einzelner Arten von Servituten maßgebend.

II. Auch ohne besondere Vereinbarung gelten aber alle Befugnisse

10) l. 25 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquae ductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est ita, ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae disideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

11) l. 6 § 1a D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Ebenso B.G.B. § 1026.

12) R.G. Bd. 14 S. 211. l. 6 § 1 D. q. serv. am. 8, 6. Vgl. auch B.G.B. § 1023.

1) Tit. Dig. de serv. pr. rust. 8, 3. — Die Römer erkannten nur bestimmte Typen von Servituten an. Jede neue Art mußte sich die rechtliche Anerkennung gleichsam erkämpfen. Anderer Ansicht Elvers a. a. O. S. 134, allein im Widerspruch mit der Gesamthaltung der Quellen. Modifikationen der einzelnen Arten durch Privatbelieben ließ man zu, l. 4 §§ 1 und 2 D. de serv. 8, 1.

2) Daher der Spruch: tantum praescriptum, quantum possessum, R.G. Bd. 1 S. 335.

als eingeräumt, ohne welche die Servitut nicht zweckentsprechend ausgeübt werden kann — die s. g. adminicula servitutis.

III. Die erste Stelle haben nach Alter und allgemeiner Wichtigkeit die Wegerechte.[3] Die Römer kennen drei Arten:[4]

1. Iter — Fußsteig, das Recht zu gehen, zu reiten,[5] sich in einer Sänfte tragen zu lassen. Das Recht ist also für den Transport von Personen, nicht für denjenigen von Sachen bestimmt.

2. Actus — das Recht, Vieh, auch ungekoppelt, über das dienende Grundstück zu treiben. Die Befugnis, beliebig zu gehen, ist in der Regel eingeschlossen. Der actus kann aber derart eingeschränkt sein, daß man nur zu den Zwecken des Viehtreibens gehen darf.[6] Selbst das Recht zum Fahren gilt als im actus inbegriffen, es kann aber ausgeschlossen werden.

3. Via endlich ist das Recht zu fahren. Sie enthält in der Regel auch die Befugnis, Vieh zu treiben und zu gehen.

Die regelmäßige Breite der via ist 8 Fuß und in der Umbiegung — in anfractum — 16 Fuß. Der Weg kann jedoch breiter oder schmaler sein, sofern er nur zum Fahren ausreicht. Es ist zulässig, Steine und Balken zu schleifen und Stangen zu tragen, jedoch unter Schonung der Früchte.[7]

Viele Neuere behaupten, via sei eine hergerichtete Straße.[8]

---

3) Vgl. Puchta, über die Wegservituten des römischen Rechtes in den kleinen Schriften n. 4, Elvers a. a. O. S. 385.

4) l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Ulpianus libro 2 institutionum: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquae ductus. iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, actus est jus agendi vel jumentum vel vihiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.

5) l. 7, l. 12 D. h. t. 8, 3 nach römischer Landesart. Für das Gehen ist der Italiener auch heute nicht. Der Fremde geht, der Italiener reitet oder fährt.

6) Es findet sich eine Antinomie über die Frage, ob ein actus „sine itinere" möglich ist. Ulpianus libro 17 ad edictum l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 spricht sich dafür aus: Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Anderer Ansicht scheint Paulus libro 3 ad Sabinum l. 1 D. de adimendis legatis 34, 4: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest. Paulus denkt an Entziehen des Gehens „schlechthin", dies würde den actus unmöglich machen, Ulpian wohl nur an das Entziehen des Rechtes zu „beliebigem" Gehen. Doch sind die Ansichten sehr geteilt. Siehe die verschiedenen Erklärungsversuche bei Vangerow Bd. 1 § 341 S. 718.

7) Vgl. über die via l. 8, l. 13 §§ 2, 3, l. 23 pr. D. h. t. 8, 3, l. 6 § 1d D. quemadmodum serv. am. 8, 6, l. 7 D. h. t. 8, 3. Über hastam rectam ferre siehe Glück Bd. 10 S. 162, Vangerow Bd. 1 § 341 S. 720.

8) So zuerst Puchta, kleine ziv. Schriften S. 125, dann Elvers S. 396, Brinz Bd. 1 S. 769, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 498, vgl. Windscheid Bd. 1 § 211. Die Ansicht Puchtas hat keine Unterstützung in den Quellen, namentlich nicht in der

Dies entspricht den Quellen nicht. Actus und via unterscheiden sich vorzugsweise dadurch, daß dort das Fahren, hier das Viehtreiben fehlen kann. Sie stehen sich aber in ihrer regelmäßigen Erscheinung außerordentlich nahe.

In Deutschland kennt man Fußsteig, Viehtrift, Fahrweg und wendet die römische Theorie entsprechend an. Aber der Fußsteig gibt nicht das Recht zum Reiten, die Viehtrift, d. h. das Recht, Vieh ungekoppelt zu treiben, nicht die Befugnis zum Fahren, und der Fahrweg ermächtigt nicht, ungekoppelt Vieh zu treiben.[9]

Der Wegzug ist entweder ein bestimmter — determinierter — oder ein wandelbarer — indeterminierter.

Ist er noch unbestimmt, so kann jeder Teil dessen Feststellung betreiben, es sei denn seine ständige Wandelbarkeit bedungen. Die Feststellung des Weges steht dem Wegeberechtigten zunächst zu, jedoch so, daß er die Interessen der dienenden Sache schont.[10] Weigert er sich der Bestimmung oder geschieht sie in unangemessener Weise, so liegt sie dem Richter ob.[11]

Ist der Weg rechtsgültig bestimmt, so werden die übrigen Teile des belasteten Grundstückes frei.[12] Sie werden nicht wieder dienstbar, wenn der bestimmte Wegzug später wegfällt, z. B. durch Abspülung seitens des Flusses oder durch Zusammenbruch.

Durch stetige Übung kann der Wegzug endgültig fixiert werden.[13]

---

für sie angeführten l. 9 D. de serv. 8, 1. Ja sie steht mit ihnen in Widerspruch. Ihre Unrichtigkeit erhellt aus l. 6 § 1c D. q. s. a. 8, 6. Celsus libro 5 Digestorum: Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet atque ita divisus est fundus: si per quamlibet ejus partem aeque ire atque agi possit, tunc perinde observabimus atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Celsus behandelt an diesem Orte den Einfluß der körperlichen Teilung des dienenden Grundstückes auf die Servitut. Hierbei geht er davon aus, daß die via, gerade wie dies bei anderen Wegservituten der Fall ist, eben so gut einen unbestimmten Wegzug haben kann wie einen bestimmten. Dies ist aber mit der „hergerichteten Straße" nicht vereinbar.

9) Sommer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 3 n. 20.

10) l. 9 D. de serv. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum. Die l. 26 D. de serv. pr. rust. 8, 3. nach welcher der Erbe — also der Eigentümer der dienenden Sache — den Wegzug bestimmen soll, wenn eine Wegegerechtigkeit vermacht ist, bezieht sich auf ein Damnationslegat.

11) l. 13 § 3 D. h. t. 8, 3.

12) l. 13 § 1 D. h. t. 8, 3. Javolenus libro 10 ex Cassio: Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit. ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

Der Wegeberechtigte ist zur Herstellung des Weges und zur Vornahme der für den Weg nötigen Anlagen auf dem dienenden Grundstücke befugt.[14 15]

§ 243. Andere Felddienstbarkeiten.

1. Das Recht der Wasserleitung — s. aquaeductus[1] — hat zum Inhalte die Leitung von Wasser aus einem fremden Grundstücke[2] oder über dasselbe. Es gewährt gleichsam einen Weg für das Wasser.[3]

Die Wasserleitung steht bald stetig zu, bald nur zu Zeiten z. B. zur Sommerszeit — aqua aestiva[4] — oder zur Frühjahrsbewässerung oder nach Tagen oder nach Stunden oder sonst beschränkt.[5]

Die Leitung geschieht entweder in Röhren oder in offenen Gräben. Ausmauern der Gräben muß besonders bedungen sein, sonst ist es unzulässig.[6] Verwandlung von offenen Gräben in geschlossene ist in der Regel gestattet, trotzdem hierdurch dem Eigentümer der dienenden Sache die Möglichkeit der Wassernutzungen entzogen wird. Denn auf diese hat er kein Recht.[7]

Das Recht zum Wasserschöpfen — s. aquaehaustus — kann gleichfalls Prädialservitut sein. Dies war lange bei den Römern streitig, weil besondere Schöpfvorrichtungen nötig sind, die causa perpetua also zu fehlen schien.[8] Selbstverständlich schließt die Schöpfservitut den Zu-

13) R.G. Bd. 2 S. 159.

14) l. 10 D. de serv. 8, 1, l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

15) Zu den Wegerechten gehört die l. 23 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3 erwähnte Servitut, ein privates Gewässer zu befahren.

1) l. 1 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. Keller, Pandekten § 166 und dort zitierte Dissertationen.

2) l. 4 D. de aqua cottid. 43, 20. Dahin gehört auch der s. g. „Verkauf einer Quelle", Regelsberger Bd. 1 S. 432.

3) l. 15 D. h. t. 8, 3, l. 8 D. de aqua cott. 43, 20 „iter aquae".

4) Vgl. l. 1 §§ 2 und 3, l. 5 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20.

5) Die Leitung kann eine indeterminierte sein, l. 21 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Bezüglich der Determination sind die bei den Wegservituten geltenden Grundsätze analog anzuwenden; vgl. l. 8 D. de aqua cott. 43, 20.

6) l. 17 § 1 D. de aqua et aquae a. 39, 3; vgl. auch l. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de rivis 43, 21.

7) l. 2 D. de rivis 43, 21. Paulus libro 66 ad edictum; Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset; vgl. l. 3 pr. D. eod.

8) l. 2 D. comm. praediorum 8, 4, l. 4, l. 20 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.

tritt zum Gewässer in sich,[9] desgleichen das Recht der Einrichtung der zum Wasserschöpfen nötigen Anstalten.

In ähnlicher Weise begreift das Recht der Viehtränke — jus pecoris ad aquam appulsus — eine Viehtrift in sich, soweit sie zur Benutzung der Tränke erforderlich ist.[10]

2. Felddienstbarkeiten, welche den Raum des Nachbargrundstückes in Anspruch nehmen, sind: Rechte der Anlage einer Hütte[11] oder einer Stallung oder des Aufhäufens von Steinen oder anderen Materialien auf dessen Boden.[12] Auch das Recht kommt vor, die Früchte unseres Grundstückes in der Scheune des Nachbars aufzubewahren,[13] unseren Wein in dessen Kelter zu keltern.

3. Rechte auf Entnahme von Produkten aus dem Nachbargrundstücke, z. B. von Holz, Weide,[14] Steinen, Ziegeln,[15] wurden wohl erst in der Kaiserzeit als Prädialservituten anerkannt.

Servituten dieser Art, insbesondere auch die Holz- und Weideservituten waren nach römischem Rechte wenig entwickelt. Insbesondere legte ihnen das strikte Erfordernis der Vizinität Fesseln an.[16]

In Deutschland sind Forst- und Weideservituten üppig emporgesprossen. Ihre Darstellung geschieht im deutschen Privatrechte. Dort ist auch zu zeigen, daß diese Servituten in der neueren Zeit vielfach als kulturschädlich beseitigt wurden.

§ 244. Gebäudeservituten.[1]

Gebäudeservituten knüpfen an das herrschende Gebäude teils Rechte zu baulichen Konstruktionen, teils zu Immissionen, teils Verbietungsrechte. Sie sind bald an ein bestimmtes Gebäude gebunden, so daß sie von dessen Erhaltung oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes ver-

9) l. 3 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 10 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

10) Vgl. noch l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und Keller a. a. O. § 166 am Ende.

11) l. 6 § 1 in fine D. de serv. pr. rust. 8, 3.

12) l. 3 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

13) l. 3 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

14) l. 4 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

15) l. 1 § 1, l. 5 § 1, l. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

16) l. 5 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die Grundbesitzer halfen sich daher, wo es an öffentlichen Gemeindeweiden fehlte, unter Umständen durch Ankauf gemeinsamer Weidegründe, l. 20 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

1) Tit. Dig. de serv. praed. urb. 8, 2. Keller, Pand. §§ 169 ff. und dort Zitierte; Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 161 ff.

wandter Konstruktion abhängig sind,[2] bald stehen sie jedem Gebäude auf dem bezüglichen Platze zu, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit.

1. Hierher gehörige Anlagen bilden entweder Überbau — projectum — oder Einbau — immissum.[3]

Rechte des Überbaues — s. protegendi et projiciendi — legitimieren zu Anlagen im Luftraume des Nachbargrundstückes, z. B. zu Erkern, vorspringenden Stockwerken, überragenden Dächern, übergreifenden Läden oder Fensterflügeln.[4]

Rechte des Einbaues ermächtigen namentlich dazu, Balkenköpfe — tigna — oder auch andere Gebäudeteile auf dem Nachbargrundstücke ruhen zu lassen. Sie beschränken sich entweder auf die Befugnis zum Einlegen des Balkens — s. tigni immittendi[5] — oder sie verbinden auch — als s. oneris ferendi — den Eigentümer des Nachbargrundstückes zur Reparatur der Stütze. Die Stütze kann eine Wand, ein Pfeiler, eine Säule sein. In Ermangelung anderer Vereinbarung geht die Reparaturpflicht auf Herstellung des früheren Zustandes.[6] Dem Servitutenberechtigten liegt während der Reparatur die Unterstützung des eigenen Gebäudes ob.[7] Miteigentümer des dienenden Grundstückes haften, wenn es zu einer Geldverurteilung wegen Unterlassung der Reparatur kommt, nur zum entsprechenden Teile.[8]

Ob eine servitus tigni immittendi oder oneris ferendi beabsichtigt ist, dies ergaben in Rom regelrecht die Formeln der Bestellung. Der deutsche Sprachgebrauch kennt ähnliche bestimmte technische Ausdrücke nicht. Daher wird leicht zweifelhaft, welche dieser Servituten beabsichtigt ist. Der reallastbildenden Tendenz des deutschen Rechtes entspricht es,

---

2) l. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2; vgl. Jhering, Geist des römischen Rechtes II 4. Aufl. S. 229 Anm. 357 und andererseits Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 162.

3) l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16. Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis: Inter „projectum“ et „immissum“ hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana — Erker — et suggrundae — Wetterdächer — essent: immissum autem quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitteretur.

4) l. 2 D. h. t. 8, 2, l. 8 § 1 D. si serv. vind. 8, 5; vgl. l. 29 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Vgl. l. 6 D. h. t. 8, 2. Eine gegenseitige servitus tigni immittendi, die durch Teilung eines Hauses mit einheitlichem Gebälk entstand, erwähnt l. 36 D. h. t. 8, 2.

6) Siehe oben § 236 Anm. 5 ff. Vgl. l. 6 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

7) l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Die Reparatur liegt dem Eigentümer, l. 6 § 3 D. eod. — wie auch dem Eigentumsbesitzer der dienenden Sache ob.

im Zweifel dem Eigentümer der dienenden Sache die Reparaturpflicht aufzuerlegen.

Als Servitut des Einbaues kommt ferner vor das Recht, Fenster in der Wand des Nachbarn anzubringen.[9]

Auch das Recht, ein Stockwerk, einen Keller oder Speicher des Nachbarhauses zu den Zwecken unseres Hauses ausschließlich zu benutzen,[10] eine Mauer dort zu haben, findet sich als Prädialservitut.[11]

2. Gebäudeservituten bilden weiter Rechte zu Immissionen. Dahin gehört das Recht der Dachtraufe — s. stillicidii recipiendi oder immittendi — d. h. das Recht, das Regenwasser von unserem Gebäude auf das Nachbargrundstück abtropfen zu lassen, ferner das Recht, das von unserem Gebäude abfließende Regenwasser durch eine Rinne in einem Strahle — s. fluminis — auf das Nachbargrundstück zu führen. Erschwerungen der Dachtraufe durch Veränderungen des herrschenden Gebäudes sind nicht gestattet. Als Erschwerung gilt dessen Erniedrigung, nicht aber dessen Erhöhung, ferner die Vorschiebung des Gefälles, nicht aber dessen Zurückziehung.[12] Auch das Recht, eine Kloake zum Abfluß von Unreinigkeiten durch das Nachbargrundstück zu führen, ist nichts Seltenes.[13] Es sind ferner Servituten möglich, wonach der Nachbar ungewöhnlichen Rauch oder Dunst aufnehmen muß.[14]

3. Eine dritte Klasse bilden Verbietungsrechte.

Dahin gehört das Recht auf Licht — ne luminibus officiatur —, so daß der Ausblick aus unseren Fenstern oder Balkons auf den Himmel gesichert wird.[15] Im Zweifel kommt diese Servitut nicht bloß bestehenden, sondern auch künftig anzulegenden Fenstern zu gute.[16] Der Lichtservitut verwandt ist die Aussichtsgerechtigkeit

9) l. 40 D. h. t. 8, 2, l. 8 C. de serv. 3, 34. In der l. 4 D. h. t. 8, 2 spricht Paulus von einer servitus luminum. „Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.“ Damit ist aller Wahrscheinlichkeit nach nichts anderes gemeint, als das Recht, in fremder Wand Fenster anzulegen. Dies nehmen auch die meisten Schriftsteller an. Es sind jedoch die Meinungen geteilt. Vangerow Bd. 1 § 342 erörtert nicht weniger als zwölf Erklärungsversuche.

10) l. 47 D. de damno infecto 39, 2. Seuffert, Archiv Bd. 29 n. 11.

11) Es handelt sich hier also um superfiziarische Rechte, welche aktiv an ein Grundstück geknüpft sind.

12) l. 20 §§ 3 ff., l. 2 D. h. t. 8, 2. Varro de lingua latina V. 27: Fluvius, quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat, flumen quod fluit continue.

13) l. 7 D. de serv. 8, 1; vgl. l. 1 §§ 4 und 6 D. de cloacis 43, 23.

14) l. 8 §§ 5 in fine ff. D. si serv. vind. 8, 5; vgl. unten Anm. 23.

15) l. 15, l. 16, l. 17 pr. §§ 1—3 D. h. t. 8, 2.

16) l. 22, l. 23 pr. D. h. t. 8, 2.

— ne prospectui officiatur[17] —, die uns eine beſtimmte Ausſicht ſichert. Durch beide Gerechtigkeiten ſind wie Bauten, ſo auch Pflanzungen und Aufſtapelungen von Materialien ausgeſchloſſen, wenn ſie Licht oder Ausſicht benehmen.[18] Dagegen ſteht die servitus altius non tollendi nur dem Höherbauen entgegen. Sie hindert je nach der Vereinbarung bald das Höherbauen ſchlechthin, bald nur das Bauen über eine gewiſſe Höhe hinaus.[19]

4. Häufig erwähnen die Quellen eine servitus altius tollendi, desgleichen die s. luminibus officiendi, stillicidii non avertendi.

Dies ſcheinen Rätſel! Denn das Recht zum Höherbauen und die Befugnis, Nachbargrundſtücken Licht zu verſperren oder Regenwaſſer nicht aufzunehmen, iſt Ausfluß des Eigentumsrechtes an unſerem Grundſtücke. Was bedarf es alſo einer Servitut, um uns derartige Rechte zu geben? Nach einer Erklärung durch die römiſchen Juriſten ſucht man vergebens. Die Neueren haben ſehr verſchiedene Anſichten. Zwei Anſichten ſind hier hervorzuheben:

a) Die eine geht dahin, daß die Beſeitigung der bisher auf einem Grundſtücke laſtenden servitus altius non tollendi von den Römern nicht als Befreiung, ſondern als Begründung einer neuen poſitiven Servitut „altius tollendi“ aufgefaßt worden ſei. Die servitus altius non tollendi, nimmt man an, habe dem Grundeigentume einen Eigentumsbeſtandteil entzogen, die Wiedergewinnung desſelben ſei folgerecht Erwerb eines poſitiven Rechtes.[20]

Dies entſpricht aber nicht dem Prinzip, wonach die Servitut das Eigentum zwar beſchränkt, aber ihm nichts endgültig entzieht.[21] Ein Mißgriff wäre es auch in praktiſcher Beziehung, das Recht des Grundeigentümers zum Bauen in ſeinem Grundſtücke für alle Zeiten um deswillen als Servitut zu behandeln, weil irgend einmal eine entgegengeſetzte Servitut beſtand.[22]

b) Das Richtige iſt folgendes. In den römiſchen Gemeinden beſtanden zahl-

17) l. 3, l. 12, l. 16 D. h. t. 8, 2.

18) l. 12 D. h. t. 8, 2. Javolenus libro 10 ex Cassio: Aedificia, quae servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est eaque obstatura sunt, non possunt, l. 32 pr. D. h. t. 8, 2, l. 8, l. 9 C. de serv. 3, 34.

19) Kann als Servitut das Recht beſtellt werden, daß im Nachbarhauſe ein gewiſſes Gewerbe nicht betrieben wird? Dies iſt nicht zu bezweifeln, wenn das Verbot dem herrſchenden Grundſtücke von Vorteil iſt, z. B. die Feuersgefahr, welche ſich an gewiſſe Gewerbe knüpft, beſeitigt. Dagegen iſt eine derartige Prädialſervitut nicht anzuerkennen, wenn es ſich nur um ein Konkurrenzverbot handelt, welches dem perſönlichen Gewerbebetriebe des derzeitigen Eigentümers, nicht aber dem herrſchenden Grundſtücke zu gute kommt; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 20 n. 15.

20) Hauptvertreter dieſer Anſicht ſind in neuerer Zeit Vangerow Bd. 1 § 342 Anm. 3 und Keller, Pand. § 172; ſiehe auch Kohler, pfandrechtliche Forſchungen S. 278.

21) Vgl. oben § 237. Die römiſchen Juriſten ſtehen entſchieden auf dieſer Seite, l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum . . . si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

22) Vgl. gegen Vangerow Max Cohn: über die servitus altius tollendi im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64 n. 8. Dort werden auch andere Anſichten kritiſiert.

reiche lokale Bauordnungen. Sie beschränkten bauliche Anlagen teils im öffentlichen Interesse, dann waren sie zwingender Natur; teils bloß zu Gunsten der Nachbarn, dann konnten sie durch Gegenrechte außer Kraft gesetzt werden. Solche Gegenrechte nannte man s. altius tollendi, luminibus officiendi. Sie entstanden durch Vertrag oder Ersitzung. Sie bildeten wahre Servituten. Gingen sie unter, z. B. durch Konfusion, Nichtgebrauch, so wurde der gesetzliche Normalzustand wiederhergestellt.[23 24]

Drittes Kapitel.

Die persönlichen Servituten.

§ 245. Die Arten der Personalservituten.

Die Prädialservituten dienen der Ausstattung eines Grundstückes, die Personalservituten der Ausstattung einer Person. Den Prädialservituten ist Perpetuität, den Personalservituten die Beschränkung auf Zeit natürlich. Die Prädialservituten ferner haben regelrecht nur eine begrenzte Nutzung der dienenden Sache zum Inhalt, die wichtigste der Personalservituten dagegen gewährt deren volle Nutzung.

Die Römer kennen vier Typen von Personalservituten, vor allem usus fructus, außerdem eingeschränktere Nutzungsrechte, nämlich usus, habitatio sowie operae servorum und animalium.

Der Nießbrauch ist die bei weitem häufigste Art der Personalservituten. Er ist auch die älteste.[1]

---

23) Hierin zeigt es sich, „daß es sich bei derartigen Gegenrechten nicht um Aufhebung von „Beschränkungen", sondern um besondere das Eigentum erweiternde Rechte handelt. — In ähnlicher Weise wird in l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39, 3 eine Servitut gegenüber den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen in Betreff des Abflusses des Regenwassers erwähnt. Denselben Charakter hat die Servitut, wonach man dem Nachbargrundstücke in außergewöhnlicher Weise Rauch und Dampf zuführen darf, l. 8 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 199 Anm. 6 ff.

24) Auf einen bezüglichen Fall hat Max Cohn a. a. O. aufmerksam gemacht. Es war, wie bereits oben — § 200 Anm. 10 — bemerkt wurde, vielfach Lokalstatut römischer Städte, daß bei Neubauten „forma ac status antiquorum aedificiorum" nicht zum Nachteile der Nachbarn verlassen werden dürfe. Daß Servituten erworben werden konnten, welche die Abweichung von dieser Norm rechtfertigen, geht aus der l. 1 C. de servitutibus 3, 34 von Antoninus aus dem Jahre 211 hervor. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet. Der erste Satz des Reskriptes weist den Anfragenden darauf hin, daß der Nachbar gegen Bauten, die ihm der alten Norm entgegen das Licht entziehen, negatorisch klagen könne. Aber der zweite Satz wahrt die Möglichkeit des Erwerbes eines Gegenrechtes durch Ersitzung. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 529.

Perſonalſervituten entſtehen überwiegend durch letztwillige Verfügungen.[2] Doch iſt auch Beſtellung unter Lebenden ſowie Adjudikation durch den Teilungsrichter möglich. Nießbrauchsrechte entſtehen endlich oft infolge familienrechtlicher Beziehungen von Rechts wegen. Es gehört hierher namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an dem Vermögen ſeiner Hauskinder. Der geſetzliche Nießbrauch hat mehrfache Eigentümlichkeiten.[3] —

Außer dem eigentlichen Nießbrauch — verus usus fructus — findet ſich ein uneigentlicher — quasi usus fructus. Der uneigentliche Nießbrauch iſt ein dingliches Recht an fremder Sache, wie der eigentliche Nießbrauch. Er verfolgt die Zwecke des Nießbrauches, dem einen das Kapital zu ſichern, dem anderen den Ertrag der Zwiſchenzeit zu gewähren in anderen Formen.

§ 246. Der Nießbrauch.[1]

Der Nießbrauch — usus fructus — iſt das an eine Perſon geknüpfte dingliche Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß einer fremden körperlichen Sache unter Wahrung ihrer Subſtanz.[2]

Dem Nießbraucher gebührt der zeitige Ertrag der Nießbrauchſache, dem Proprietar verbleibt ſie für die Dauer. Der Nießbraucher hat die Gegenwart für ſich, der Proprietar die Zukunft.

Der Nießbrauch iſt höchſtperſönlich,[3] alſo unvererblich und unveräußerlich.

---

1) Eine andere Anſicht hat Puchta, Pand. § 179 und Inſtitutionen Bd. 2 § 255. Puchta gilt der usus als die normale und urſprüngliche Perſonalſervitut, der usus fructus als deſſen ſpätere Erweiterung. Dies ſtimmt mit den Quellen nicht überein. Das prätoriſche Edikt insbeſondere beſchäftigte ſich zunächſt mit dem usus fructus, l. 1 pr. D. usufr. quemadmodum 7, 9 und nur anhangsweiſe mit dem usus l. 6 § 1 D. eod. Auch entſpricht der Uſusfrukt einem allgemeinen und notwendig früh hervortretenden Bedürfniſſe, der Uſus empfiehlt ſich mehr in beſonderen Fällen und hat etwas Künſtliches. Er iſt daher entſchieden die jüngere Art.

2) Die cautio usufructuaria wurde im prätoriſchen Edikte allein im Falle des „usus fructus legatus“ gefordert, was darauf ſchließen läßt, daß bei deren erſter Aufſtellung andere Beſtellungsweiſen nicht bekannt waren; vgl. l. 1 D. usufruct. quemadmodum 7, 9, Lenel, edictum S. 296.

3) B.G.B. hat auch den Ausdruck vermieden, es ſpricht ſtatt deſſen von „Nutznießung“.

1) Heinrich Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1864, im Buchhandel nicht verbreitete Inauguralſchrift, nach dem Tode des Verfaſſers 1880 wieder abgedruckt. Von Älteren iſt hier zu erwähnen Noodt, de usufructu libri II opp. tom. I.

2) Die bekannte römiſche Legaldefinition iſt von Paulus libro 3 ad Vitellium l. 1 D. de usu fructu 7, 1; Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. So auch pr. J. de usu fructu 2, 4.

3) l. 3 § 3 D. quibus modis usus fructus 7, 4 „personae cohaeret“. Sehr

a) Die Unvererblichkeit beschränkt den Nießbrauch auf Zeit, da infolge derselben mit dem Tode des Nießbrauchers das volle Eigentum wieder auflebt.

Nach älterem Rechte gehörte die Unvererblichkeit zum Wesen des Nießbrauches. Er sollte nur temporär sein, damit keine Entwertung des Eigentumes einträte. Im späteren klassischen Rechte aber ist die Unvererblichkeit bloß die Regel. Jetzt wurde es möglich, den Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers zu erstrecken.[4] Offenbar hat das Beispiel der Superfizies und der Emphyteusis, welche als vererbliche dingliche Nutzungsrechte Anerkennung fanden, hierauf eingewirkt. Zwar ist der Nießbrauch eines jeden Erben ein neuer, so daß es auch neuer Kaution bedarf. Aber dies ändert nichts an der Tatsache, daß der vererbliche Nießbrauch die Konsolidation des Eigentumes in unabsehbare Ferne hinausrückt, was das frühere Recht verhüten wollte.

b) Das Recht des Nießbrauches ist unveräußerlich. Seine Ausübung aber wurde veräußerlich.[5] Die Ausübung

---

wichtig war für das ältere römische Recht, daß der Nießbrauch durch jede capitis deminutio unterging; vgl. oben § 50 Ziff. 6. Dies galt also auch für die minima c. d. Justinian aber verordnete, daß diese Folge nur bei der capitis deminutio maxima und media eintreten sollte. l. 16 §§ 2 und 3 C. de usu fructu 3, 33.

4) Dies ist freilich bestritten. Manche Schriftsteller nehmen an, es sei nur zulässig geworden, den Nießbrauch auf die Person „des nächsten Erben" zu erstrecken. Vgl. Pfersche in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 526. Aber die unbeschränkte Vererblichkeit ergibt l. 5 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit; vgl. l. 38 § 12 D. de verb. obl. 45. 1. Die l. 14 C. de usu fructu 3, 33 beweist die behauptete Beschränkung nicht. Sie behandelt eine spezielle Frage. Es war unter den römischen Juristen streitig, wie das Legat unter Vorbehalt des Nießbrauches für die Erben des Erblassers aufzufassen sei, und diese Frage entscheidet Justinian dahin, daß der Vorbehalt nur zu Gunsten des nächsten, nicht der entfernteren Erben gemeint sei. In der Tat wäre das Legat im Falle der Erstreckung des Nießbrauches auf alle, auch die entfernteren Erben des Erblassers fast wertlos. Aus dieser Interpretationsregel ist ein allgemeines Prinzip nicht zu gewinnen. So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 7. B.G.B. § 1061 bestimmt vorbehaltlos: „Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers."

5) Einige Schriftsteller nehmen an, im jüngsten römischen Rechte sei die Veräußerung des Rechtes selbst, nicht bloß diejenige der Ausübung des Nießbrauches zulässig geworden. So Dernburg der Ältere in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 2 und Elvers a. a. O. §§ 27 und 28; vgl. auch Blume in Iherings Jahrb. Bd. 34 n. 5. Dem ist nicht beizutreten. Vgl. Arndts, ziv. Schriften Bd. 1 n. 18, Berthold Haase in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 249. Besondere Beachtung verdient die l. 66 D. de jure dotium 23, 3 Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium: Si usus fructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum

kann verpachtet, sie kann auch ein für allemal, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich, abgetreten werden. Daher ist auch Verpfändung und Pfändung der Ausübung des Nießbrauches zulässig.[6] Nießbrauchs-Zessionare und Nießbrauchs-Pfandgläubiger haben dinglichen Schutz.[7]

Trotz der Abtretung und Ausübung des Nießbrauches bleibt das Recht an die Person des ursprünglichen Nießbrauchers geknüpft.[8] Es erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers; der Tod des Zessionars dagegen berührt es nicht, vielmehr geht die Ausübung auf dessen Erben über.[9] Auch bleibt der ursprüngliche Nießbraucher dem Proprietar verantwortlich und kautionspflichtig. Es ist seine Sache, sich durch Kaution des Nießbrauchs-Zessionars zu decken.[10]

Gegenstand des Nießbrauches können Mobilien wie Immobilien sein, sofern sie ohne Antastung der Substanz nutzbar sind. Nicht notwendig

---

quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Die Stelle bezeugt bestimmt, daß das Nießbrauchsrecht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist und daß nur die Ausübung übertragen werden kann. Über diesen Satz sind die Römer einig. Ihn bestätigen die Institutionen § 3 J. de usu fructu 2, 4 „cedendo extraneo nihil agitur". Bezüglich eines anderen Punktes bestand aber eine Streitfrage, die aus alter Zeit stammt und in die justinianische Kompilation nur durch Zufall und Übersehen hineinragt. Einige Juristen — zu ihnen gehört Pomponius nach der l. 66 cit. — nehmen Untergang des Usufruktes an, wenn er einem Fremden, d. h. dem Nichtproprietar zediert werde. Sie zerlegten die in jure cessio an den Fremden in zwei Willensakte, nämlich in die Prätention des Erwerbes seitens des Fremden und in die Absicht des Verzichtes auf den Nießbrauch seitens des Nießbrauchers. So kamen sie zu dem Resultate, daß der Verzicht vernichtend wirke, obgleich der Fremde nichts erwerbe. Im Hintergrunde stand wohl die Absicht, eine Form zu gewinnen, um sich des Usufruktes, wenn seine Lasten die Vorteile überwogen, ohne Zustimmung des Eigentümers zu entschlagen, vgl. unten § 254 Anm. 13. Andere Juristen hingegen betrachteten die Zession des Nießbrauches an den Fremden als einen Akt, der folgerecht ganz ungültig sei und nichts wirke. So Gaj. Inst. II § 30 „creditur ea cessione nihil agi". Dies ist justinianisches Recht § 3 J. cit. Über die verschiedenen Versuche, die Antinomie auszugleichen, vgl. Vangerow Bd. 1 § 344 S. 739. Auch B.G.B. § 1059 bestimmt: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar, die Ausübung des Nießbrauches kann einem anderen überlassen werden."

6) C.P.O § 857 Abs. 3.

7) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 458; Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 191 Anm. 1; Haase a. a. O. Nach dem Recht des B.G.B. gilt dies nicht; vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 190 S. 532.

8) Der Zedent des Nießbrauches gibt durch die Zession das Recht auf, dem Nießbrauch ohne Einwilligung des Zessionars zu entsagen. Die Konsolidation des Nießbrauches durch Erwerb des Eigentumes kann dem bisherigen Nießbraucher das Recht nicht geben, seinem Zessionar die Nutzung zu entziehen. Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4, R.G. Bd. 16 S. 110.

9) Hat der Erblasser den Nießbrauch jemandem unter der Auflage vermacht, ihn einem Fideikommissar abzutreten, so erwirbt der Fideikommissar infolge der Restitution einen selbständigen Nießbrauch und nicht bloß die Ausübung des Nießbrauchsrechtes des Legatars, l. 4 D. quibus modis usus fructus 7, 4. Dies beruht auf der Kraft des letzten Willens.

10) Die Quellen behandeln diese Frage nicht.

ist, daß sie einen Ertrag abwerfen. Es genügt, daß sie dem Nießbraucher in anderer Weise, z. B. durch Befriedigung des Kunstsinnes oder von Liebhabereien dienen.[11]

Der Nießbrauch erfaßt mit der Nießbrauchsache deren Zubehör,[12] und zwar sowohl das bei seinem Beginne vorhandene, wie das zum Ersatze abgängiger Zubehörstücke angeschaffte. Er ergreift auch Inkorporationen und Alluvionen; dagegen nicht die Flußinsel, welche dem Eigentümer der Nießbrauchsache nach Uferrecht anfällt.[13]

Das vornehmste Recht des Nießbrauchers ist das Recht auf die Früchte. Da dieses Recht seiner Natur nach teilbar ist, so gilt auch das Nießbrauchsrecht als *teilbar*.[14] Es tritt hierdurch in Gegensatz zu den übrigen Servituten, die sämtlich unteilbar sind. Demgemäß ist der Miteigentümer einer Sache befugt, an seinem ideellen Teil selbständig einen Nießbrauch zu bewilligen. Ferner kann der Alleineigentümer Nießbrauchsrechte an einem ideellen Teile seiner Sache einräumen. Namentlich ist ihm möglich, den Nießbrauch mehreren zusammen derartig zuzuwenden, daß durch deren Konkurrenz ideelle Teile entstehen.[15]

§ 247. Rechte des Nießbrauchers.

1. Das wichtigste Recht des Nießbrauchers ist das auf die *Fruchtnutzung*.[1] Danach gebührt ihm das aus der Nießbrauchsache gezogene regelmäßige Einkommen — natürliche und bürgerliche Früchte — voll und ganz zum Verbrauch, wie zum Verkauf.[2]

---

11) l. 41 pr. § 1 D. de usu fructu 7, 1.

12) l. 15 § 6, l. 9 § 7 D. de usu fructu 7, 1. Ebenso B.G.B. § 1031 für Grundstücke.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, abgedruckt oben § 207 Anm. 13. Der Nießbrauch am Grundstücke gewährt kein Recht auf die Hälfte des Schatzes, die dem Proprietar als solchem zufällt. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ebenso B.G.B. § 1040.

14) l. 5 D. de usu fructu 7, 1. Papinianus libro 7 quaestionum: Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. l. 49, l. 50 D. eod., l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4. Der Nießbraucher eines ideellen Teils hat die Rechte des Proprietars auf Anteil an der Nutzung und der Verwaltung. Das Erkenntnis über die Teilungsklage für und gegen den Proprietar berührt ihn nur, wenn er zugezogen war.

15) Vgl. l. 1 pr. D. de usu fructu adcrescendo 7, 2. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus adcrescendi, si conjunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio jus adcrescendi cessat. Das Nähere gehört der Lehre der Vermächtnisse an. Auch B.G.B. § 1066 kennt Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers.

1) Vgl. oben § 78 über Begriff und Umfang der Früchte.

Darüber hinausgehende, auf Kosten der Substanz erwachsende Erträgnisse gehören dagegen dem Eigentümer der Nießbrauchsache.

Was insbesondere die Holzgewinnung betrifft, so darf der Nießbraucher in Waldungen, welche zur regelmäßigen Holzproduktion bestimmt sind, Holz soweit schlagen, als es unbeschadet der Nachhaltigkeit der Produktion möglich ist. Hiernach steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,[3] bei Nutzwaldungen anderer Art nach den Regeln ordentlicher forstmäßiger Bewirtschaftung zu.[4] Außerordentlicher Holzertrag von Forsten, z. B. infolge von Windbrüchen oder von Raupenfraß, gehört nicht zur Frucht; er fällt daher, soweit er den gewöhnlichen Jahresertrag überschreitet, dem Proprietar zu.[5] Einzelne auf dem Nießbrauchsgrundstücke stehende Bäume kann der Nießbraucher nach den Grundsätzen rationeller Wirtschaft zu den Zwecken des Nießbrauchsgrundstückes verwerten. Zu anderen Zwecken darf er sie nicht schlagen. Abgehendes Holz, insbesondere dürre Äste, ferner ausgehende Bäume darf er sich aneignen; er muß diesen aber andere Bäume substituieren, wenn es zur Erhaltung des Grundstücks in gutem Stande erforderlich ist.[6]

Der Nießbrauch an einer Herde ist, wie bereits früher bemerkt wurde, verschieden von dem an einzelnen Viehstücken. Er begreift das regelmäßige Herdeneinkommen in sich, welches sich nicht bloß auf Milch, Wolle, Tierjunge, sondern auch auf die Reste gefallener Tiere und unter Umständen auf das Recht zum Verkauf von Viehstücken erstreckt, z. B. von Mastochsen. Dem Nießbraucher liegt dagegen Ergänzung — s. g. Summission — aus den Tierjungen ob. Bis zu derselben ist das Eigentum am Jungvieh in der Schwebe.[7]

2) Petražycki, Einkommen I S. 236 nimmt an, daß das Recht des Nießbrauchers zum Verkauf erst einem späteren Entwicklungsstadium des römischen Rechts angehört, vgl. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

3) l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

4) l. 9 § 7, l. 10, l. 11 D. de usu fructu 7, 1. Laspeyres, Nießbrauch an Waldungen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 19 n. 4. Vgl. freilich auch Petražycki, Einkommen S. 233. B.G.B. § 1038 gibt bei Waldungen jedem Teile das Recht, Aufstellung eines Wirtschaftsplanes zu verlangen.

5) l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1. Vgl. B.G.B. § 1039, Bürg. R. Bd. 3 § 187 S. 521.

6) l. 18 D. de usu fructu 7, 1.

7) l. 68, 69, 70 D. de usu fructu 7, 1. In l. 70 § 1 führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum aus: Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cujus sit fetus, quaeritur. et Julianus libro 35 digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est; siehe auch l. 12 § 5 D. eod. Vgl. Wächter, schwebendes Eigentum 1871 S. 11 ff.; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 223 und S. 300; Bendixen, Nießbrauch an einer Herde, Göttinger Inauguraldissertation 1887; Czyhlarz, Fortf. v.

Steht ein Bergwerk im Nießbrauch, so gebührt dessen Ausbeute dem Nießbraucher.[8]

Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte durch Perzeption, Tierjunge mit ihrer Separation.[9] Früchte, die bei Beendigung des Nießbrauches noch anstehen, gebühren dem Proprietar, auch wenn sie ausgereift waren.[10] Saat und Baukosten kann der Nießbraucher auch für sie nicht beanspruchen.[11]

Bei bürgerlichen Früchten hat eine Teilung zwischen Proprietar und Nießbraucher nach Verhältnis der Nießbrauchszeit einzutreten.[12]

2. Der Nießbrauch gibt ferner das Gebrauchsrecht. Bei Objekten, die einen Fruchtertrag nicht abwerfen, z. B. bei einer Bibliothek, einer Gemäldesammlung, beschränkt er sich auf den Gebrauch.[13]

Der Gebrauch ist der notwendige Begleiter der Fruchtnutzung, soweit er zur Bestellung und zum Eigentume der Früchte unentbehrlich ist. Gebrauchsrecht anderer Art kann dagegen fehlen. An einem Ziergarten z. B. kann einem Gärtner der Nießbrauch vermacht sein, einem anderen aber ausschließlich Promenade und Luftgenuß zu seiner und seiner Familie Erholung.[14]

Glück, Bd. 1 S. 442; Rümelin, Selbstkontrahieren S. 148; Petrażycki, Einkommen S. 93. Über den Fall, daß ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauches ist, vgl. B.G.B. § 1048, über den Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen § 1035. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 188 S. 526, § 189 S. 529.

8) J. Gräff in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 1 S. 579, Schröder im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 n. 10 und 16. Vgl. auch B.G.B. § 1038 Abs. 2.

9) Siehe oben § 205 Anm. 5 und 6, vgl. aber auch oben Anm. 7. Der Nießbraucher darf auch noch unreife Früchte an sich nehmen, wenn deren Gewinnung eine regelmäßige Einkommenquelle bilden kann. l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 42 D. de usu leg. 33, 2. In Frage kann dies kommen, wenn der Nießbrauch vor der Zeit der Fruchtreife endet. Nach B.G.B. § 954, vgl. § 955 Abs. 2, erwirbt der Nießbraucher die Früchte stets mit der Trennung.

10) l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7, 4. Vgl. B.G.B. § 101.

11) Buchka und Budde, Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 4 S. 128 und in Seufferts Archiv Bd. 16 n. 274. Anders nach B.G.B. § 1055 Abs. 2 in Verbindung mit § 592. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 189 S. 530.

12) l. 26 D. de usu fructu 7, 1. Siehe Wächters Erörterungen Heft 1 S. 73 ff., Mommsen, Erört. Heft 1 S. 134 ff., Arndts zivil. Abh. Bd. 1 n. 17, Petrażycki, Fruchtverteilung S. 222, B.G.B. § 101.

13) Ertrag könnte der Nießbraucher aus einer Bibliothek freilich durch Vermieten ziehen. Häufig wird aber das Vermieten der Bücher den Intentionen des Bestellers des Ususfruktus zuwiderlaufen und um deswillen nicht gestattet sein.

14) Ein altes römisches Schlagwort war „fructus sine usu esse non potest", Paulus sent. III 6 § 24, l. 14 § 1 D. de usu 7, 8 von Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Denn man kann keine Früchte von einer Sache gewinnen, wenn man nicht auf sie einwirken kann. Dies faßte die alte Jurisprudenz nach ihrer Art strikt. Man erklärte daher das Legat des „fructus deducto usu" geradezu für ungültig, und das Dogma der Ungültigkeit vererbte sich auf die spätere Zeit. Doch erkannte man später, daß jenes Dictum nur halbwahr sei, sofern ein selbständiges, über die

3. Um des Gebrauches und der Fruchtnutzung halber sind alle anderen Befugnisse des Nießbrauchers da.

Um ihretwillen hat er das Recht der *Innehabung*, und damit *Rechtsbesitz* und possessorischen Schutz.[15]

Er kann ferner zu den Zwecken des Nießbrauches über die Sache *tatsächlich verfügen*. Er darf sie hierbei nicht verschlechtern. Sind ihm Veränderungen gestattet? Die *wesentliche Bestimmung* der Sache darf er nicht ändern. Aber nicht jede Freiheit in der Benutzung, nicht jeder ökonomische Fortschritt ist ihm verschlossen.

Unzulässig ist es, aus einem Park ein Ackergrundstück zu machen, aus einem Schloß ein Wirtshaus oder eine Fabrik. Aber bei Objekten, die bloß um des Ertrages willen da sind, ist ein weiter Spielraum offen gelassen. Weinberge und Holzungen z. B. dürfen in Getreidefelder verwandelt, bei Landgütern dürfen Steinbrüche und Bergwerke eröffnet werden, vorausgesetzt, daß hieraus ein dauernder Vorteil erwächst, dessen Gewinnung nicht von besonderen Umständen abhängig, sondern jedem möglich ist.[16]

Zwecke der Fruchtnutzung hinausgehendes Benutzungsrecht dem Nießbraucher fehlen kann. Daher führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum in der l. 14 § 3 D. de usu 7, 8 aus: poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. Übereinstimmend ist l. 5 § 2 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9 „si fructus sine usu optigerit". Vgl. l. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4. — Die verschiedenen Ansichten der Neueren über den fructus sine usu stellt zusammen Bangerow Bd. 1 § 348. B.G.B. § 1030 Abs. 2 bestimmt: Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden. Danach ist auch ein fructus sine usu zulässig.

15) Vgl. oben § 190 Anm. 1 und 2, B.G.B. § 1036 Abs. 1.

16) Vgl. namentlich l. 13 §§ 4 ff. D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest . . . viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. § 5 Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est . . . § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatum sint desideratura opificum forte vel legulorum. quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. § 7. Sed si aedium usus fructus legatus sit, Nerva filius et lumina immittere eum posse ait . . . sed neque diaetas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur, vel aditus posticasque vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere: excolere enim quod invenit potest qualitate aedium non immutata. item Nerva eum, cui aedium usus fructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur. Vgl. noch l. 7 § 3, l. 8 D. eod. Die römischen Sätze über die Gebäude sind wohl nur auf Familienstammsitze berechnet, auf moderne Miets- und Spekulationshäuser sind sie nicht ohne weiteres anzuwenden. Siehe übrigens Keil im Archiv für ziv. Praxis Bd. 35 n. 11, Windscheid Bd. 1 § 203 Anm. 13. Vgl. B.G.B. § 1037: Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern; der Nieß-

4. Es gibt Arten des Nießbrauchs, bei welchen dem Nießbraucher das Recht der Veräußerung der Substanz in mehr oder minder ausgedehntem Maße zusteht, obgleich er nicht deren Eigentümer ist — s. g. Dispositionsnießbrauch.[17]

§ 248. Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers.

I. Der Nießbraucher hat die Nießbrauchsrechte unbeschadet der Substanz, der Proprietar die Eigentumsrechte unbeschadet des Nießbrauches. Daher kann der Proprietar veräußern, verpfänden,[1] dingliche Rechte anderer Art bewilligen, soweit sie den Nießbrauch nicht beeinträchtigen, z. B. sein Grundstück mit einer servitus altius non tollendi belasten.[2] Auch kann er Rechte zu Gunsten der Nießbrauchsache erwerben.

Der Proprietar bleibt juristischer Besitzer. Dies ist kein leeres Wort, wie manche vermeinen.[3] Vielmehr ist er befugt, tatsächlich auf die Sache einzuwirken,[4] soweit dies ohne Störung des Nießbrauches möglich ist, und den Ausschreitungen des Nießbrauchers wie Antastungen Dritter tatsächlich und durch possessorische Klage zu begegnen.[5]

Sein Eigentumsrecht und sein Besitz sichert ihm zwar die Substanz; aber doch nur bis zu gewissem Grade. Da der Nießbraucher die Innehabung und damit die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache hat, so ist dessen Tun und Lassen bestimmend für deren Schicksale; böser Wille und Nachlässigkeit des Nießbrauchers kann sie verschlechtern und zu Grunde richten. Die Unversehrtheit seiner Sache ist daher dem Proprietar nur dadurch genügend gesichert, daß ihm der Nießbraucher zu deren ordentlicher Behandlung und Restitution persönlich verpflichtet wird.[6]

---

braucher eines Grundstückes darf neue Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstückes dadurch wesentlich verändert wird.

17) Kohler, Dispositionsnießbrauch in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4. Vgl. § 1048 B.G.B. über den Nießbrauch an einem Grundstück samt Inventar.

1) l. 2 C. de usu fructu 3, 33.

2) Über l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 vgl. oben § 236 Anm. 14.

3) So Elvers a. a. O. S. 457.

4) l. 16 § 1 D. de usu 7, 8.

5) l. 15 § 6 D. de usu fructu 7, 1. Nach B.G.B. § 1036 ist der Nießbraucher unmittelbarer, der Eigentümer mittelbarer Besitzer.

6) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus

Dies geschah nach römischer Weise dadurch, daß man dem Nießbraucher eine cautio usufructuaria ansann und bis zu deren Leistung die Nießbrauchsache verweigerte.[7] Auch hier also hieß es „cavere" oder „carere". Gemeinrechtlich dagegen treten die Verpflichtungen des Nießbrauchers schon von Rechts wegen mit dem tatsächlichen Beginne des Nießbrauches ein. Die Kaution dient hier nur zur Verstärkung der gesetzlichen Verpflichtung.

II. Die Verpflichtungen des Nießbrauchers gegen den Proprietar sind folgende:

1. Kautionsbestellung. Von ihr ist der Anspruch des Nießbrauchers auf die Detention der Sache abhängig. Klagt er vorher auf Herausgabe der Nießbrauchsache, so steht ihm die Einrede nicht bestellter Kaution entgegen.[8] Erlangt er ohne Kaution die Detention der Nießbrauchsache, so unterliegt er der Vindikation des Proprietars.[9] Dieser kann auch kondizieren, d. h. auf Kautionsbestellung klagen,[10] so daß sich aber der Nießbraucher zweifelsohne durch Dereliktion des Nießbrauches befreien kann.[11][12]

---

cessat Aquiliae actio, ideo judicem dari, ut ejus arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

7) Den Inhalt der cautio usufructuaria ergibt l. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si cujus rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et „usurum se boni viri arbitratu" et „cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit." Zu diesen beiden Klauseln kommt dann noch als ergänzende dritte „dolum malum abesse afuturumque esse" l. 5 pr. D. h. t. 7, 9, vgl. Lenel, edictum S. 296, 420. Horneman die c. usufr. Hallesche Inaug.-Dissert. 1890.

8) l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1.

9) l. 7 pr. D. usufr. quemadmod. caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit. Proculus ait posse heredem rem vindicare et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem. sed et ipsa stipulatio condici poterit.

10) l. 7 pr. D. cit. — oben Anm. 9 — l. 5 § 1 D. de usu fructu earum rerum 7, 5. Man streitet über die rechtliche Grundlage und den Umfang dieser Kondiktion; vgl. einerseits Elvers a. a. O. S. 565, andererseits Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142.

11) Es ist bestritten, ob der Mangel der Kaution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengestellt werden kann. Dies ist zu verneinen, denn hierin liegt eine unzulässige exceptio aus dem Rechte und Interesse eines Dritten. Es ist jedoch zu beachten, daß das Recht des Quasiusufruktuars, die Forderungen, deren Quasiususfrukt ihm vermacht ist, geltend zu machen und einzuklagen, nicht ipso jure durch das Testament entsteht, sondern ihm erst durch die Abtretung der Forderungen seitens der Erben erwächst, die nur gegen Kaution zu geschehen braucht und zu geschehen pflegt. Vorher ist also der Quasiusufruktuar zur Einklagung der Forderungen nicht legitimiert. Auf diesen Mangel der Legitimation können sich die Schuldner berufen; ja es liegt dem Gerichte ob, diesen von Amts wegen zu beachten,

Die cautio usufructuaria war satisdatio, d. h. durch Bürgen zu versichern.[13] Gemeinrechtlich genügt Pfandbestellung, ja in Fällen, wo andere Sicherung nicht zu beschaffen ist, bloßer Eid, s. g. juratorische Kaution, die freilich in Wahrheit keine Kaution mehr ist.[14]

Schon nach jüngstem römischen Rechte finden sich Abarten des Nießbrauches, bei welchen eine cautio usufructuaria nicht vorkommt. Solcher Art ist namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien seiner Hauskinder.[15] Das gemeine Recht entbindet auch in zahlreichen anderen Fällen von der Nießbrauchkaution. Insbesondere hat der Schenker dem Geschenknehmer Kaution nicht zu leisten, wenn er die Proprietät verschenkt und sich den Nießbrauch vorbehält.[16][17]

In Rom war letztwilliger Erlaß der cautio usufructuaria unzulässig, da sie notwendiger Bestandteil echten Nießbrauches war.[18]

---

wenn der Quasiusufruktuar Forderungen einklagt, ohne zu behaupten, daß er Kaution bestellt hat oder daß ihm die Forderung ohne solche vom Erben überlassen ist, denn in solchem Falle ist der Anspruch gegen die Schuldner nicht gehörig substantiiert. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 11 n. 164, Bd. 20 n. 208, Bd. 30 n. 82. Häufig überträgt man die aus der Konstruktion des Quasiusufruktes sich ergebenden Sätze geradezu auf den eigentlichen Nießbrauch; vgl. Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7. Dies erscheint uns als ein Mißgriff.

12) Bestritten ist, ob der Nießbraucher bereits in der Zeit, in der er noch keine Kaution bestellt hat, Recht auf die Früchte der Nießbrauchsache hat. Man verneint die Frage häufig auf Grund der l. 24 D. de usu leg. 33, 2, wonach beim Quasiusufrukt von Forderungen das Recht auf die Zinsen erst mit der Kautionsbestellung beginnt. Aber auch dies beruht auf der besonderen Konstruktion des Forderungs-Quasiusufruktes. Der Quasiusufruktuar wird erst durch die Zession, die mit der Kaution zeitlich zusammenfällt, Gläubiger und also nutzungsberechtigt. Auf den eigentlichen Nießbrauch ist dies unseres Erachtens nicht anzuwenden; vgl. übrigens Glück Bd. 9 S. 489 ff., Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7.

13) l. 13 pr. D. de usu fr. 7, 1, l. 5 § 1, l. 7 pr. D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9, Paul. sent. III 6 § 27; die Stipulation kommt nur dem Stipulanten und seinen Erben zu gute. Veräußert daher der Stipulant die Nießbrauchsache, so bedarf es einer neuen Kaution, die der neue Eigentümer beanspruchen kann. l. 3 § 4 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9.

14) Stryk, usus modernus h. t. §§ 2 und 3, Lauterbach, coll. theor. pract. h. t. § 10 und dort Zitierte, Holzschuher Bd. 2 § 116 Ziff. 12, Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 105. Siehe auch oben § 167 Anm. 8.

15) Vgl. unten Bd. 3 §§ 33, 34.

16) Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 207. Von Kaution frei ist auch die Meierswitwe, welche nach dem Tode ihres Mannes die Wirtschaft fortsetzt. Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 157.

17) B.G.B. § 1051 beschränkt sich auf die Vorschrift: „Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen." Vgl. auch § 1067 Abs. 2. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 188 S. 527.

18) l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. Alexander: Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitratu is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. So schon l. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. Vgl. l. 1 C. de usufr. 3, 33. Vat. fragm. § 69.

Gemeinrechtlich ist solcher Erlaß, worüber man freilich streitet, statthaft[19] und zwar von Todes wegen wie unter Lebenden. Denn die Kaution ist nichts Essentielles mehr, seit die Verpflichtungen des Nießbrauchers von Rechts wegen eintreten. Die Ungültigkeit testamentarischen Erlasses der Nießbrauchkaution war ein bloßer Folgesatz und mußte unpraktisch werden, als sich das Prinzip, aus dem er floß, änderte.

2. Der Nießbraucher hat als guter Wirt zu handeln.[20] Jede Verschuldung, auch die seiner Leute, macht ihn schadensersatzpflichtig.[21]

Demnach muß er die Sache im Stande halten,[22] durch persönliche Bemühungen und auch durch Aufwendungen aus seinen Mitteln. Er hat insbesondere die landwirtschaftlichen Grundstücke zu bebauen,[23] Gräben auszuschlämmen, Deiche herzustellen, Weinstöcke, Obstbäume nachzupflanzen,[24] Zubehörungen zu ergänzen,[25] Gebäude zu reparieren.[26]

Immerhin beschränkt sich dies auf die laufenden Ausgaben, welche regelmäßig jahraus jahrein, wenn auch unter verschiedenen Formen wiederkehren.[27] Dahin sind nur mäßige Aufwendungen zu rechnen, solche

---

19) R.G. Bd. 13 S. 170, anders Seuffert Archiv Bd. 42 n. 226. Mehrere in Seufferts Archiv mitgeteilte Erkenntnisse erklären zwar den testamentarischen Erlaß der Kaution für ungültig, jedoch für gültig „die dem Vermächtnisse der Proprietät hinzugefügte Bedingung, den dem Usufruktuar zugedachten Erlaß der Kaution nicht zu entkräften". So Archiv Bd. 23 n. 281. Das heißt das Verbot der Remission dem Worte nach respektieren, der Sache nach bei Seite setzen. Daher wird auch diese Klausel verworfen ebendaselbst Bd. 25 n. 144. Aber der Erbvertrag soll doch zur Remission der Kaution ausreichen nach Archiv Bd. 30 n. 122! — Gegen die Gültigkeit des Kautions-Erlasses ist auch Windscheid seit der 5. Auflage Bd. 1 § 204 Anm. 9

20) l. 1 § 3 D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9 „facturum, quae in re sua faceret", Paulus sent. III 6 § 27 „omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur". Vgl. B.G.B. § 1036 Abs. 2.

21) l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1. Pomponius libro 5 ex Plautio: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

22) Der Nießbraucher wird auch haftbar, wenn er verschuldet, daß Rechte verjähren, daß Dritte ersitzen. l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 1 § 7 D. usufr. quemadmod. caveat 7, 9.

23) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

24) § 38 J. de rer. div. 2, 1, l. 18 D. de usu fr. 7, 1, vgl. freilich auch l. 59 pr. D. eod., wo wohl an Windbrüche und die außerordentlichen Kosten der Nachpflanzung gedacht ist.

25) l. 9 § 6 D. de usu fructu 7, 1.

26) Über die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache zu versichern, vgl. B.G.B. §§ 1045, 1046, Bürg. R. Bd. 3 § 188 S. 524.

27) Vgl. Petražycki, Einkommen I. S. 163. Ebenso B.G.B. § 1041: Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

von außergewöhnlichen Dimensionen, z. B. die Kosten einer Hauptreparatur der Nießbrauchgebäude, sind Sache des Proprietars.[28] Die Anzeige ihrer Notwendigkeit an den Proprietar und vorläufige schützende Maßnahmen können geboten sein.[29]

Der Nießbraucher hat ferner die auf der Nießbrauchsache ruhenden Lasten zu tragen, also öffentliche Abgaben und Leistungen, wie auch auf privatrechtlichen Titeln beruhende Reallasten.[30]

Ist die Nießbrauchsache für eine verzinsliche Schuld verpfändet, so ist die Entrichtung der Zinsen nach römischem Recht grundsätzlich Sache des persönlichen Schuldners, da die Pfandsache nur accessorisch für die versicherte Forderung haftet. Bei der modernen Hypothek dagegen wird in der Regel der Nießbraucher die Zinsen von Hypotheken zu berichtigen haben, welche zur Zeit der Bestellung des Nießbrauches auf dem Grundstück lasteten, da es der Regel nach der Absicht der Beteiligten entspricht, daß der Nießbraucher nur den Reinertrag des Grundstückes erhält und dieser nach der Verkehrsanschauung in dem Überschuß der Erträgnisse über die Hypothekenzinsen besteht. Es beruht dies auf der Grundverschiedenheit der römischen und der modernen Hypothek.[31]

Der Proprietar kann gegen den Nießbraucher bereits während der Nießbrauchszeit klagen.[32] Er kann aber mit seinen Ansprüchen auch nach Ende des Nießbrauches hervortreten.

3. Nach Endigung des Nießbrauches ist die Nießbrauchsache mit

---

28) l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit libro 18 digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat — also das Dach heil erhält: — si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta l. 7 C. de usu fructu 3, 33. Es ist selbstverständlich, daß der Nießbraucher dann, wenn er selbst die Schuld daran trägt, daß eine Hauptreparatur notwendig wurde, dieselbe aus eigenen Mitteln leisten muß.

29) Vgl. B.G.B. § 1042.

30) Vgl. die oben Anm. 28 abgedruckte l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Über die Alimentenbelastungen siehe Pernice, Parerga II in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abt. Bd. 5 S. 77 ff. — Ältere gemeinrechtliche Juristen nahmen an, daß der Nießbraucher für außerordentliche Leistungen, z. B. in Kriegsfällen, soweit sie die Summe seines Gewinnes übersteigen, vom Proprietar Ersatz fordern könne; vgl. Glück Bd. 9 S. 259 und dort Angeführte. Dies entspricht der Billigkeit und den Zwecken des Institutes des Nießbrauches. Vgl. Petražycki, Einkommen I. S. 164 Anm. 1. Nach B.G.B. § 1047 trägt der Nießbraucher nicht die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.

31) Ebenso B.G.B. § 1047. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 188 S. 525.

32) In diesem Falle befindet der Richter „etiam in futurum quemadmodum uti frui debet", l. 13 § 1 D. de usu fr. 7, 1. Vgl. auch B.G.B. §§ 1053, 1054.

ihrem Zubehör zu restituieren.[33] Jeder Teil kann bei Aushändigung der Nießbrauchsache für Beschreibung und Inventarisierung Sorge tragen,[34] wobei er sich entweder die Anerkennung des anderen Teiles oder sonstigen ausreichenden Beweis zu beschaffen hat. Dies bildet die Grundlage des Restitutionsanspruches.

Verwendungen des Nießbrauchers, die ihm nicht obliegen, sind ihm vom Proprietar nach Beendigung des Nießbrauches zu erstatten, wenn sie mit dessen Zustimmung geschehen sind oder nach den Grundsätzen der negotiorum gestio die Erstattung rechtfertigen.[35] Der Proprietar kann Ersatz von ihm vorgenommener Verwendungen, die dem Nießbraucher oblagen, nach denselben Grundsätzen verlangen.[36] [37]

§ 249. Uneigentlicher Nießbrauch.[1]

Dem eigentlichen Nießbrauche wurde der uneigentliche oder Quasiususfrukt auf Grund eines Senatuskonsultes unbekannten Namens und ungewisser Zeit zur Seite gestellt.[2] Die wirtschaftlichen Zwecke beider Institute sind die nämlichen, ihre juristische Form ist eine sehr verschiedene.

Denn beim Quasiususfrukt wird der Nießbraucher Eigentümer des Nießbrauchsobjektes mit vollem Verfügungsrecht, nur seine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung des Wertes nach Ablauf der Nießbrauchszeit sichert dem anderen Teile das Kapital.

Der Quasiususfrukt ist in einigen Fällen die einzige Form, durch welche die Zwecke des Nießbrauches zu erreichen sind, in anderen Fällen stehen dem Besteller beide Formen, die des eigentlichen und die des uneigentlichen Nießbrauches, offen.

---

33) Vgl. oben Anm. 7.

34) l. 1 § 4 D. usufr. quemadm. caveat 7, 9. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 13 n. 105. Vgl. B.G.B. §§ 1034, 1035.

35) l. 7 C. de usu fructu 3, 33; vgl. Elvers a. a. O. S. 534. Siehe übrigens auch l. 15 pr. D. de usu fr. 7, 1. Petražycki, Einkommen I. S. 309 unter 4. B.G.B. § 1049.

36) l. 48 pr. D. de usu fructu 7, 1, vgl. auch l. 50 eod.; Elvers a. a. O. S. 507.

37) Nach B.G.B. § 1057 verjähren die Ansprüche beider Teile in 6 Monaten.

1) Tit. Dig. 7, 5 de usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 1 ff., Hanausek, die Lehre von dem uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht 1879.

2) l. 1 D. h. t. 7, 5. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur possit usus fructus legari. Über das Senatuskonsult handelt ausführlich Bürkel a. a. O. S. 25.

1. Unmöglich ist eigentlicher Nießbrauch an Konsumptibilien, z. B. Geld, Getreide, Wein. Denn ihr Gebrauch ist Verbrauch, also Vernichtung der Substanz.[3] Die Erhaltung der Substanz gehört aber zum Wesen des eigentlichen Nießbrauches.

Nießbrauch an solchen Objekten kann also nur Quasiususfrukt sein. Der Nießbraucher wird Eigentümer und hat für die Rückerstattung Kaution zu stellen. Handelt es sich nicht um Geld, sondern um Konsumptibilien anderer Art, so kann jeder Teil bei der Übereignung Ausmittelung des gegenwärtigen Geldwertes und Festsetzung der Rückerstattung in Geld fordern.[4] Denn es entspricht den Zwecken des Institutes nicht, daß die Beteiligten durch die Gefahr der Preisschwankungen getroffen werden.

Kleider sind keine Konsumptibilien. Ein wahrer Nießbrauch ist also an ihnen denkbar. Doch bei gewöhnlichem Gebrauche nutzen sich Kleider in kurzer Zeit ab, so daß sie nach Ablauf des Nießbrauches meist wertlos sein werden. Daher ist an Kleidern uneigentlicher Nießbrauch das Natürliche und als gewollt zu unterstellen, wenn nicht die besondere Erklärung der Beteiligten oder die besondere Bestimmung der Nießbrauchsache z. B. als Theatergarderobe auf wahren Nießbrauch hinweisen.[5]

An anderen körperlichen Objekten ist der Nießbrauch regelmäßig ein eigentlicher. Nach dem besonderen Willen der Beteiligten kann er aber auch ein uneigentlicher sein.[6]

2. Auch an Forderungen ist Quasiususfrukt möglich.[7] [8]

---

3) Es ist denkbar, daß jemandem eine Nutzung an Konsumptibilien derart gewährt wird, daß er sie nicht verbrauchen darf, daß z. B. Geldstücke nur als Schaustücke zur Auslage in dem Laden eines Wechslers liegen dürfen. Hanausek a. a. O. S. 15. Sollte derartiges vorkommen, — es wird nicht leicht geschehen, — so läge hierin kein Ususfrukt, sondern ein eigenartiges, beschränktes Nutzungsrecht.

4) l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5. Anderer Ansicht ist Hanausek a. a. O. S. 30, auch Windscheid Bd. 1 § 206 Anm. 3. Nach B.G.B. § 1067 besteht die Verpflichtung des Nießbrauchers beim uneigentlichen Nießbrauch nur in Ersatz des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.

5) § 2 J. de usu fructu 2, 4, l. 15 §§ 4 und 5 D. de usufructu 7, 1, l. 9 § 3 D. usufr. quemadmodum caveat 7, 9. Vgl. über die Frage unsere früheren Auflagen.

6) Bürkel a. a. O. S. 6 ff. Wird der Nießbrauch an Objekten vermacht, die der Erblasser nur des Verkaufes wegen hat, so wird er meist ein uneigentlicher sein, auch wenn diese Objekte keine Konsumptibilien sind. Hat z. B. die Witwe den Nießbrauch am Vermögen ihres verstorbenen Mannes, welcher eine Antiquariatshandlung betrieb, so ist deren Nießbrauch an den Büchern als uneigentlicher zu erachten. Was sollte ihr der „eigentliche" Nießbrauch an dem Büchervorrat.

7) l. 3 D. h. t. 7, 5. Vgl. Hanausek, uneigentlicher Nießbrauch S. 89; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten 1880; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880. Dort siehe die Literatur. Nach B.G.B. §§ 1068 ff. kann Gegenstand des Nießbrauches jedes übertragbare Recht sein. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 §§ 192 ff.

Der Nießbraucher erhält Zession der Forderung gegen Kaution für die Rückerstattung nach Ablauf des Nießbrauches. Auf Grund der Zession ist er Gläubiger, aber infolge der Kaution im wirtschaftlichen Sinne doch bloßer Nutzungsberechtigter. Im Falle eines etwaigen Erlasses der Kaution wird sie durch die ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme der Rückerstattung ersetzt.

Am ausgedehntesten ist das Recht des Quasiusufruktuars an Forderungen auf Geld oder andere Fungibilien. Er kann das Kapital für sich einziehen. Nach Beendigung des Nießbrauches hat er dann die Summe zu restituieren, die er einnahm oder hätte beitreiben sollen.[9]

Beschränkter sind die Rechte des Quasiusufruktuars bei Forderungen auf eine Spezies. Der Nießbraucher darf diese einfordern und einklagen.[10] Aber er erhält nicht Eigentum an dem ihm überlieferten Objekte, sondern eigentlichen Nießbrauch.[11]

Die Meinung bei Zuwendung des Nießbrauches an einer fest angelegten verzinsbaren Forderung kann auch bloß sein, dem Honorierten den Bezug der Zinsen auf Lebenszeit zu überlassen. Eine solche Verfügung ist natürlich gültig. Aber einen Nießbrauch im Rechtssinne begründet sie nicht, weder einen eigentlichen noch einen uneigentlichen. Es liegt nichts vor, als Zession der Forderung auf Zinsen. Der

8) Hier tritt das Problem „des Rechtes am Rechte" in den Vordergrund. Ihm hat Windscheid Bd. 1 einen eigenen § 48a gewidmet, und zahlreich sind die geistreichen Erörterungen der Neueren, vgl. Mansbach a. a. O. S. 1 und Hanausek a. a. O. S. 43; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 46. Im Grunde fragt es sich, ob die dinglichen Rechte an fremden Sachen, insbesondere ob Nießbrauch und Pfandrecht als „dingliche Berechtigungen" nur an körperlichen Sachen möglich sind, oder ob sie auch an Rechten bestehen können. — Das moderne Recht nun kennt Gerechtigkeiten, welche wie Immobilien behandelt werden, z. B. Bergwerksgerechtigkeiten. An ihnen kommen zweifelsohne Reallasten, Nießbrauchsrechte vor. Begrifflich „unmöglich" kann also das Recht am Rechte nicht sein. Eine andere Frage ist, ob das römische Recht derartige Rechte an Rechten kennt. Dies ist nicht nachweisbar. Das römische Recht beschränkt die dinglichen Rechte auf körperliche Sachen.

9) Vgl. l. 24 pr. D. de usu et usufr. per leg. 33, 2, siehe ferner l. 3 D. h. t. 7, 5 und l. 1 C. de usufructu 3, 33. Das Quellenmaterial ist sehr dürftig. Die Grundzüge des Institutes lassen sich gleichwohl erkennen. Mit Recht bemerkt Bürkel a. a. O. S. 62: „In diesen Stellen wird der Usufruktuar der Forderung für verpflichtet erklärt, die Kaution des Senatuskonsultes zu stellen. Hätte der Usufruktuar — wie manche annehmen — bloß das Recht zum Zinsengenuß, so wäre kein Grund zu einer Kaution vorhanden." Er hat also die freie Verfügung über das Kapital. Die abweichenden Ansichten kritisiert Hanausek a. a. O. S. 92. Nach B.G.B. § 1074 ist der Nießbraucher zur Einziehung und Kündigung der Forderung, nicht aber zu sonstiger Verfügung über dieselbe berechtigt. Geht die Forderung auf verbrauchbare Sachen, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum, § 1075 Abs. 2. Über den Nießbrauch an Forderungen, die auf Zinsen ausstehen, vgl. §§ 1076 ff.

10) Ebenso B.G.B. § 1074.

11) Vgl. B.G.B. § 1075 Abs. 1: Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande.

Honorierte hat nach Beendigung des Verhältnisses nichts zu restituieren und also auch vorher nicht zu kavieren.[12]

3. Nicht selten ist der Nießbrauch an einem Gesamtvermögen oder an einer Quote desselben. Dies ist an sich nichts anderes, als eine Summe von Nießbrauchsrechten an den einzelnen Vermögensbestandteilen, und zwar meist nicht bloß an den bei Beginn des Nießbrauches zugehörigen, sondern auch an den später hinzutretenden Objekten. Nach der Beschaffenheit der einzelnen Objekte gestaltet sich der Nießbrauch zum eigentlichen oder zum uneigentlichen.

Die auf dem Vermögen lastenden Schulden verhaften auch nach Begründung des Nießbrauches den Proprietar und verbinden den Nießbraucher auch nachher nicht. Der Proprietar aber ist befugt und seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet, so viel aus dem Vermögen zurückzuhalten, als zur Deckung der Schulden erforderlich ist.[13]

Häufig ist der Nießbrauch am Gesamtvermögen mit dessen Verwaltung verbunden, z. B. beim väterlichen Nießbrauche. Dann hat der Nießbraucher das Recht zu Veräußerungen, die durch die Verwaltung geboten sind.[14] Es können auch die Gläubiger des Kindes den Hausvater auf Bezahlung der Schulden seines Kindes aus dessen Vermögen belangen und im Falle der Verurteilung des Vaters ihre Befriedigung aus dem Kindesvermögen betreiben.[15]

§ 250. Personalservituten beschränkten Inhaltes.

1. Im römischen Leben bildeten sich außer dem Nießbrauche besondere Arten von Personalservituten beschränkten Inhaltes mit technischen Namen und festbegrenztem Umfang.[1]

a) Dem Nießbrauche am nächsten stand der usus. Er gewährte das Recht voller Benutzung ohne den Fruchtgenuß.[2][3] Und

12) Über Nießbrauch an Rechten anderer Art vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 § 286, Hanausek a. a. O. S. 136 ff. Über den Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien: Brandes, Gött. Inaug.-Diss. 1891, B.G.B. § 1083 Abs. 2, Bürg. R. Bd. 3 § 194 S. 543.

13) l. 69 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 43 D. de usu et usufr. per leg. 33, 2, B.G.B. §§ 1085 ff., Bürg. R. Bd. 3 § 195. Hiernach haftet der Nießbraucher den Gläubigern des Bestellers persönlich nur für Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen, und auch nur dann, wenn die Forderung auf solche Leistungen bereits vor der Bestellung des Nießbrauches entstanden ist, der Nießbraucher ist aber berechtigt, die Gläubiger zu befriedigen.

14) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4.

15) § 3 J. de adqu. per adrog. 3, 10, l. 8 § 4 C. de bonis quae liberis adqu. 6, 61.

1) Tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8, Inst. de usu et habitatione 2, 5.

2) l. 1 D. h. t. 7, 8. Gajus libro 7 ad edictum provinciale ... constituitur

zwar mußte der Usuar persönlich gebrauchen und detinieren; die Übertragung der Ausübung des Rechtes war nicht statthaft.[4]

Ganz strikt wurde dies aber nicht festgehalten. Insbesondere darf der Usuar eines Hauses, sofern er nur persönlich in dem Hause wohnt, die Seinigen, d. h. seine Familie und sein Dienstpersonal, aber auch anständige Gäste und Kostgänger bei sich aufnehmen. Nur getrennte Vermietung ist ihm nicht gestattet.[5]

Auch versagte man dem Usuar nicht jeden Fruchtgenuß. Namentlich darf der Usuar eines Parkes oder eines Landgutes Blumen, Obst, Früchte für sich und die Seinigen entnehmen. Der Bezug von Früchten ist aber nur zum Verbrauche, nicht zum Verkaufe verstattet.[6]

Vergeblich hat man versucht, diese Bestimmungen aus dem Begriffe des bloßen Usus zu erklären.[7] Die Römer selbst führen dieselben darauf zurück, daß man den letzten Willen der Verstorbenen liberal interpretieren müsse.[8] Man nahm es im Leben mit den Befugnissen des Usuars nicht allzu genau. So entstand ein Brauch, welchen Volksansicht und Jurisprudenz als berechtigt ansahen.

b) Die habitatio — das persönliche Wohnrecht — hatte Alimentennatur und um deswillen anomalen Charakter.[9] Sie sei mehr faktischer Art als juristischen Wesens, meinte man.[10] Daher ging sie durch capitis deminutio und durch Nichtgebrauch nicht unter. Überlassung der Ausübung — namentlich auch schenkungsweise[11] — war

etiam nudus usus id est sine fructu, l. 2 D. eod. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Vgl. über den Usus Thibaut, Versuche Bd. 1 Abh. 3; Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 n. 2; Bechmann, Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus 1861.

3) Die ältere Theorie lehrte, der usus sei das Recht der Nutzung der Sache unter Beschränkung auf den unumgänglichen Bedarf, die „Notdurft". Thibaut a. a. O. wies aber unter Beziehung auf l. 4, l. 10 § 3, l. 12 pr. § 2 D. h. t 7, 8 nach, daß dies den Quellen durchaus nicht entspricht.

4) l. 11 D. h. t. 7, 8.

5) l. 4, 5, 6, 7 D. h. t. 7, 8.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 7, 8. Über den usus pecoris vgl. l. 12 § 2 D. cit.

7) Vgl. Puchta, Pand. § 179, Institt. Bd. 2 § 255, Scheurl und Bechmann a. a. O., siehe aber Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6.

8) l. 12 § 2 D. h. t. 7, 8 ... neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

9) Thibaut, zivilistische Abhandlungen n. 2, dort ist die ältere Literatur zitiert; Huschke, zur Lehre von der habitatio im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 462 ff.

10) l. 10 D. de cap. min. 4, 5. Modestinus libro 8 differentiarum: Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit; siehe ferner l. 8 pr. § 1 D. de transact. 2, 15, Savigny Bd. 2 S. 110.

11) l. 10 pr. D. h. t. 7, 8. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 342 will „locare" statt „donare" lesen, dagegen Huschke a. a. O.

nicht verſtattet; dennoch ließ man aus Humanität Verwertung durch Vermietung zu.[12]

c) Nicht weniger anomal waren die Rechte auf operae servorum et animalium. Auch ſie gingen durch capitis deminutio[13] und Nichtgebrauch nicht unter, wohl aber im Falle der Erſitzung des Sklaven.[14] Sie waren vererblich,[15] verwertbar.

Bei der habitatio und den operae servorum handelte es ſich vorzugsweiſe um letztwillige Zuwendungen an Perſonen ohne römiſche Rechtsfähigkeit, insbeſondere an Peregrinen. Ihnen konnte man zivile Rechte — Eigentum, Nießbrauch — nicht vermachen, wohl aber derartige geringfügige Unterſtützungen.[16]

Dem gemeinen Rechte ſind die drei römiſchen Typen beſchränkter Perſonalſervituten fremd. Sie beruhten auf römiſchen Uſancen, an die ſich der Erblaſſer anſchloß, wenn er usus oder habitatio oder operae servorum vermachte. Im deutſchen Leben iſt nichts Ähnliches. Kommt es einmal vor, was möglich, aber ſelten iſt, daß ein Erblaſſer perſönliche Nutzung ohne Fruchtgenuß oder rein perſönliches Wohnrecht vermacht, ſo iſt dies nicht mit demjenigen identiſch, was römiſche Übung und Jurisprudenz unter usus und habitatio verſtanden. Der Umfang des gewährten Rechtes iſt vielmehr nach Wort und Sinn der letztwilligen Verfügung und nach den konkreten Umſtänden zu beſtimmen. Wem alſo Nutzung ohne Fruchtgenuß vermacht wird, der hat nicht dasſelbe Recht auf Früchte wie der römiſche Uſuar, und wer perſönlich wohnen darf, kann nicht ohne weiteres vermieten.[17]

2. Es kommt vor, daß beſtimmte einzelne Nutzungen zum In-

---

12) So l. 13 § 1 C. de usu fructu et habitatione 3, 33. Nach § 5 J. h. t. 2, 5 verſtattete unter den älteren Juriſten auch Marcellus Vermietung.

13) l. 2 D. de operis servorum 7, 7.

14) l. 2 D. de usu per leg. 33, 2.

15) Die l. 2 D. de usu per leg. 33, 2 beſagt freilich nur „quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit“. Damit wird zunächſt allerdings, wie Windſcheid Bd. 1 § 208 Anm. 8 ausführt, nur das Vermächtnis für vererblich erklärt, nicht das durch Vermächtnis zu begründende Recht. Allein die Vererblichkeit des Vermächtniſſes ſetzt voraus, daß auch das bereits begründete Recht vererblich wäre.

16) Übrigens hatte der Uſuar, und ebenſo derjenige, dem habitatio oder operae servorum vermacht waren, Kaution zu leiſten, l. 5 § 3 D. usufruct. quemadm. caveat 7, 9.

17) Die Anſichten über die praktiſche Geltung von usus, habitatio und operae ſind ſehr geteilt. Für die gemeinrechtliche Geltung von usus und habitatio iſt Windſcheid Bd. 1 § 207 Anm. 6, vgl. ferner die dort Zitierten. Brinz Bd. 1 S 796 will auf das Vermächtnis einer „Bedienung“ die Grundſätze der operae servorum anwenden, da auch freie Perſonen operae leiſten können. Aber ein dingliches Recht an einem Menſchen iſt heutzutage unmöglich.

halte von Personalservituten gemacht werden.[18] Namentlich gilt dies von Berechtigungen, die gewöhnlich als Prädialservituten bestellt werden, z. B. Weg- und Wasserrechte, Rechte auf Holz.[19] Solche Rechte pflegt man irreguläre Personalservituten zu nennen.

Auch vererbliche Berechtigungen solcher Art, z. B. Holzgerechtigkeiten, sind dem deutschen Rechte nicht unbekannt.[20]

Viertes Kapitel.

Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 251. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft.

Servituten entstehen durch Rechtsgeschäfte, durch Ersitzung, durch Richterspruch und unmittelbar von Rechts wegen.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder Verträge unter Lebenden oder letztwillige Verfügungen. An diesem Orte beschäftigt uns nur der Vertrag. Es fragt sich, wer Servituten bewilligen, wer sie erwerben kann, wie der Vertrag geschieht?

1. Voll legitimiert zur Bewilligung von Servituten ist nur der Eigentümer der zu belastenden Sache.[1] Miteigentümer müssen sämtlich einwilligen,[2] nur den Nießbrauch als teilbares Recht kann der einzelne Miteigentümer zu seinem ideellen Teile selbständig bestellen.[3] Für die Dauer ihres Rechtes können auch Emphyteuta

18) Das Gegenteil sucht Richard Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten 1862, auszuführen; die — gut geschriebene — Abhandlung hat freilich niemanden überzeugen können. Über die neuere Literatur siehe Windscheid Bd. 1 § 202 Anm. 2; vgl. noch Erich Tappe, die sog. irregulären Personalservituten, Erlang. Diss. 1899.

19) l. 32 D. de usu fructu 7, 1, l. 4, l. 37 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 6 D. de serv. leg. 33, 3, l. 14 § 3 in fine D. de alim. leg. 34, 1, l. 1 D. de usu et usu fructu 33, 2.

20) Nach B.G.B. §§ 1090 ff. kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur das Recht begründet werden, ein fremdes Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (siehe Anm. 18), ferner ein Wohnungsrecht. Diese Rechte sind nicht vererblich und übertragbar, und auch ihre Ausübung kann einem anderen nur dann überlassen werden, „wenn die Überlassung gestattet ist". Ihr Umfang bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, doch kann der Wohnungsberechtigte seine Familie sowie die zur standesgemäßen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufnehmen. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 §§ 196 ff.

1) l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4. Dinglich wirkende Veräußerungsverbote hindern auch die Begründung von Servituten, vgl. oben § 217 Anm. 6. Über die Frage, ob der Eigentümer des dienenden Grundstücks zugleich Eigentümer des herrschenden sein kann, vgl. R.G. Entsch. Bd. 47 S. 202.

2) oben § 241.

und Superfiziare Servituten einräumen;[4] ebenso ist es publizianisch Berechtigten möglich, Servituten mit relativer Kraft in das Leben zu rufen, d. h. mit Rechtswirkung gegenüber dem Besteller und allen, welche dem Besteller nachstehen.[5]

2. Personalservituten erwerben kann jeder, also die juristische wie die natürliche Person.

Prädialservituten kann der Eigentümer des Grundstückes erwerben, zu dessen Gunsten sie sind, Miteigentümer desselben müssen sämtlich am Erwerb teilnehmen.[6] Auch Emphyteuta und Superfiziare erwerben Servituten für das Grundstück,[7] Nießbraucher sind nicht hierzu befugt,[8] publizianisch Berechtigte aber sind wie Eigentümer als legitimiert zu achten.[9]

3. Die Bestellung geschieht entweder selbständig oder durch Nebengeschäft bei einer Veräußerung.[10]

Solche Nebengeschäfte sind bald Vorbehalte, bald Zugeständnisse von Servituten durch den Veräußerer. Dieser kann sich namentlich an dem Grundstücke, welches er veräußert, einen Nießbrauch[11] oder eine Prädialservitut zu Gunsten eines anderen Grundstückes, welches er zurückbehält, reservieren.[12] Er kann ferner ein Grundstück, welches er behält, zu

---

3) oben § 246 Anm. 14.

4) l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4, l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18.

5) Das Hauptargument ist die Analogie des Pfandrechtes, l. 18, l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1. Bestritten ist, ob ein publizianisches Servitutenrecht auch erwirbt, wer redlicherweise von einem unredlichen Besitzer eine Servitut erlangt. Die Analogie des Pfandrechtes spricht gegen diese Ansicht, vgl. Arndts § 191 Anm. 2. Andere, z. B. Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 9, verteidigen sie. Man kann geltend machen, daß es eine Ersitzung der Servituten gibt, nicht die des Pfandrechtes. Aber die Ersitzung der Servituten ist doch sehr eigenartig. Sie verlangt keinen Titel. Der Servitutenersitzungsbesitz erscheint daher zur Begründung einer publizianischen Klage nicht ausreichend. Die l. 11 § 1 D. de Publ. in rem act. 6, 2 — oben § 239 Anm. 4 — entscheidet nicht, sie setzt eine Bestellung der Servitut durch den Eigentümer der Sache in nicht ziviler Form voraus.

6) Vgl. oben § 241.

7) Quellenzeugnisse fehlen.

8) l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1.

9) Die Quellen geben keine Antwort, vgl. Elvers a. a. O. S. 696, Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 7. Kommt die Servitut, welche der Emphyteuta dem Grundstücke erwirbt, dem Eigentümer nach Erlöschen der Emphyteuse, diejenige, welche der publizianisch Berechtigte ausbedingt, dem Grundeigentümer, nachdem er das Grundstück evinziert hat, zu gute? Die Frage ist zweifelhaft. Aber die Bejahung ist dem Wesen der Grundgerechtigkeiten entsprechend. Es läge sonst eine wahre Prädialservitut, die sich an das Grundstück knüpft, nicht vor. Gerade diese aber wird bezweckt. Emphyteuta, Superfiziar, publizianischer Besitzer haben eine ähnliche Stellung wie Eigentümer. Dies muß sich hier bestätigen. Anders Windscheid a. a. O.

10) Brinz Bd. 1 S. 793.

11) l. 32 D. de usu fructu 7, 1. Vgl. Gaj. Inst. II § 33, Vat. fragm. § 47.

12) l. 5, l. 6 pr. § 1, l. 10 D. communia praediorum 8, 4.

Gunsten eines anderen, welches er veräußert, bei dessen Veräußerung mit einer Prädialservitut belasten.[13]

Manche sehen in dem Vorbehalte der Servitut die teilweise Erhaltung des bestehenden Rechtes, so daß sich der Veräußerer aus der Menge der ihm zustehenden Herrschaftsrechte einen einzelnen Bestandteil, gleichsam einen Splitter seines Eigentumes konservierte. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Eigentumsrecht ist Totalherrschaft, Servitut Nutzungsrecht, beide Rechte sind ungleichartige Größen; durch bloße Addition und Subtraktion können sie nie ineinander übergehen. Das Richtige ist also, daß die Reservation der Servituten bei Veräußerungen Neubildung von Rechten ist, die bisher noch nicht vorhanden waren. Daher müssen bei einem solchen Vorbehalte alle Voraussetzungen der Neubegründung von Servituten vorhanden sein, und reservierte Servituten können keine anderen Eigenschaften und Wirkungen haben, als durch selbständige Geschäfte begründete.[14]

4. Genügt zur Bestellung der Servituten bloßer Vertrag, oder ist außerdem Quasitradition nötig? Dies ist eine immer noch offene, famose Kontroverse des gemeinen Rechtes.[15]

Für die Notwendigkeit der Quasitradition beruft man sich auf die Analogie der Eigentumsübertragung. Doch diese Analogie hat nichts Zwingendes.[16] Der Besitz hat bei den Servituten nicht die Bedeutung,

---

13) l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4. Vorbehalt und Zugeständnis ist auch stillschweigend möglich. Betreibt z. B. der Eigentümer zweier Grundstücke auf dem einen eine Brauerei und hat er behufs Speisung derselben mit Wasser auf dem anderen Grundstücke eine Röhrenleitung, so gilt im Falle der Übereignung der „Brauerei" die Wasserleitung, wie sie bisher tatsächlich bestand, als zur Servitut eingeräumt, R.G. Bd. 13 S. 249. G. Weigert, z. L. v. d. stillschweigenden Servitutbestellung. Inaug.-Dissert. Kassel 1887. Für den Fall, daß das eine der Grundstücke nicht freiwillig, sondern im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird, kann gleiches nicht gelten; vgl. R.G. in Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 76.

14) Vgl. oben § 81 Anm. 6. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 272, vgl. Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten. Paderborn 1881.

15) Für die Bestellung durch bloßen Vertrag erklärte sich Savigny in seinen Vorlesungen und hiernach E. S. Schmidtlein, de servitutibus per pactum constituendis, Gött. 1823, sowie im Archiv für ziv. Praxis Bd. 9 n. 9. So auch Michelsen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 8 n. 14. Eine gründliche Verteidigung dieser Ansicht hat in neuerer Zeit Schmidt von Ilmenau in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 9 gegeben. Ihr huldigen die meisten Neueren, insbesondere Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1 und Arndts § 188 Anm. 1. Außer Bangerow Bd. 1 § 350 sind für die Notwendigkeit der Quasitradition Brinz Bd. 1 S. 792, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 123, Lenel in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 183 eingetreten.

16) Nicht selten hat man die Entscheidung im l. 20 C. de pactis 2, 3 von Diocletianus und Maximianus gesucht. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch daß sich dieser Ausspruch nur auf das Eigentum — dominia —, nicht auf alle dinglichen Rechte bezieht, ergibt die usucapio, welche bei Servituten nicht stattfindet. Die Behauptung Bangerows — S. 753 —, daß nach den Prinzipien des römischen Rechtes aus einem Vertrage nur

wie bezüglich des Eigentumes. Auch der geschichtliche Gang war ein anderer.

Nach altrömischem Zivilrechte wurden in Italien Servituten unter Lebenden nur durch in jure cessio und mancipatio begründet. Und zwar war die in jure cessio die allgemeine Form; durch mancipatio konnte man Felddienstbarkeiten, welche res mancipii waren, bestellen.[17] Diese Formen waren bei Provinzialgrundstücken nicht anwendbar, da dieselben nicht im zivilen Eigentume ihrer Besitzer standen. Hier geschah die Bestellung der Servituten vielmehr durch „pactiones et stipulationes".[18] Was bedeutet dieser Doppelakt? Nach meiner Ansicht lag in ihm eine Kombination altperegrinen Rechtes — der pactiones — und des römischen Institutes der stipulationes. Ohne Zweifel wurden die Servituten, insbesondere bei den Griechen, bei denen die Formlosigkeit der Geschäfte Regel war, durch formlose dingliche Verträge herkömmlich begründet. Die Römer ließen dies nach der Eroberung bei den Provinzialgrundstücken gelten, aber ihr Formensinn verlangte eine Zutat — die Stipulation. Sie hatte zum Inhalte, daß der Promittent und sein Erbe den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung der Servitut hindern, im Falle der Zuwiderhandlung aber eine vereinbarte Strafe zahlen wolle. Solche Stipulationen erzeugten natürlich nur *persönliche Verpflichtungen* des Promittenten und seiner Erben. Aber man sah in ihnen zugleich die *Bekräftigung* des vorausgehenden *dinglichen Vertrages* über die Servitutenbestellung, die Betätigung seiner Ernstlichkeit.[19]

---

eine Obligation, kein dingliches Recht entstehen *könne*, ist offenbar petitio principii. Derzeit fußen die Gegner auf diesem Argument, welches für Bangerow sehr in das Gewicht fiel, nicht mehr.

17) Gaj. Inst. II §§ 29 und 30.

18) Dies bezeugt Gaj. Inst. II § 31 . . . in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

19) Nicht selten wird die Ansicht vertreten, daß die Römer ursprünglich durch pactiones und stipulationes nur *persönliche* Verbindlichkeiten des Promittenten und seiner Erben zur Verstattung der Ausübung der Servitut begründet hätten und daß man erst im Laufe der Zeit in diesen Geschäften eine *unmittelbare Bestellung* der Servitut gesehen habe. So Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1. Dies ist, wie Lenel a. a. O. S. 184 mit Recht bemerkt, durchaus unglaublich. Denn a) wenn es sich um eine bloß persönliche Verbindlichkeit gehandelt hätte, so wäre die Stipulation ausreichend gewesen und die „pactio" ein unbegreifliches Superfluum. b) In Provinzen mit hoher Kultur, z. B. Sizilien, muß vor der Eroberung durch die Römer Bestellung von Servituten üblich gewesen sein. Wie sollten die Römer dazu gekommen sein, den Erwerb von Servituten hier unmöglich zu machen und die Beteiligten auf persönliche Verbindlichkeiten zu verweisen, die nicht ausreichen konnten. c) Gaj. Inst. II § 31 betrachtet die pactiones und stipulationes als Bestellungsform der Servituten, ohne auf einen anderen älteren Rechtszustand hinzuweisen. — Von den Doppelgeschäften ist nun offenbar die pactio der auf Einräumung der

In der Kaiserzeit begnügte man sich in Italien häufig statt der lästigen zivilen Bestellungsformen mit bloßer Verstattung der Ausübung der Servitut — der Quasitradition — seitens des Eigentümers der belasteten Sache. Sie erhielt Schutz durch den Prätor.[20]

Das justinianische Recht endlich kennt Bestellung von Servituten durch in jure cessio, sowie durch mancipatio nicht mehr. Sie konnte aber jetzt an Objekten jeder Art in doppelter Weise geschehen, nämlich entweder wie nach altem Provinzialrecht durch pactiones und stipulationes[21] oder nach der italischen Gewohnheit durch Quasitradition.

Was ist das Fazit für das gemeine Recht? Stipulationen sind dem gemeinen Rechte fremd. Mit Unrecht folgern manche hieraus, daß nunmehr Servituten nur auf dem Wege der Quasitradition, nicht auf dem des Vertrages bestellt werden könnten.[22] Die Stipulation ist infolge des Prinzips der Formlosigkeit der Verträge beseitigt. Die Zutat ist damit gefallen, aber der Kern des Geschäftes, nämlich der Pakt der Servitutenbestellung ist nicht berührt. Servituten werden also gemeinrechtlich durch bloßen Vertrag begründet.

Die Gegenansicht kommt zu dem Resultate, daß die größere Formlosigkeit des gemeinen Rechts zu einer erschwerten Form der Servitutenbestellung, nämlich der Notwendigkeit der Quasitradition geführt habe. Dies ist nicht annehmbar.[23]

Servitut gerichtete dingliche Vertrag. Dies bezeugt Theophilus II 3 § 4 und es ergibt sich auch aus dem Wesen der Stipulation. Denn Stipulationen enthalten Versprechen einer Leistung, also eines Tuns oder eines Unterlassens des Promittenten, und solcher Art waren auch die Stipulationen bei Bestellung von Servituten, vgl. l. 2 § 5, l. 4 § 1. l. 38 § 6, l. 75 § 7, l. 85 § 3 D. de verb. obl. 45. 1. Karlowa a. a. O. S. 224. Dies alles legt nahe, die pactio als den peregrinen Bestellungsakt der Servituten zu betrachten, welchem die Römer durch die Anforderung der Stipulation einen römischrechtlichen Halt gaben. Die Stipulation hat nicht, wie Karlowa und Lenel annehmen, bezweckt, ein Traditionssurrogat herzustellen; dies kann sie nicht leisten, und als man sie einführte, war der Gedanke, daß Servituten durch Traditionen begründet werden könnten, den Römern noch fremd. Vgl. noch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 145 S. 1256.

20) l. 11 § 1 D. de Publiciana 6, 2 abgedruckt oben § 228 Anm. 4, l. 1 pr. D. q. m. ususfr. 7, 4, l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7, 9, l. 3 D. si usus fr. 7, 6, l. 1 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 16 D. si serv. vind. 8, 5.

21) § 1 J. de usu fructu 2, 4. § 4 J. de serv. 2, 3, l. 3 pr., l. 25 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 33, l. 36 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vangerow freilich a. a. O. S. 716 will „im Sinne der justinianischen Gesetzgebung in der Mehrzahl der Stellen, wo die pactiones et stipulationes aufgeführt werden, die quasitraditio als selbstverständlich subintelligiren", was ein verzweifeltes Beginnen ist.

22) So Karlowa a. a. O. S. 227, Lenel a. a. O. S. 186. Sie stützen sich besonders auf die Behauptung, daß die stipulationes „Traditionssurrogat" gewesen seien. Vgl. hierüber Anm. 19.

23) Nach B.G.B. ist zur Bestellung des Nießbrauches an beweglichen Sachen Übergabe derselben, zur Bestellung eines solchen an Grundstücken Eintragung in das Grundbuch erforderlich, vgl. §§ 1032, 873.

§ 252. Die Servitutenersitzung.[1]

Die Servitutenersitzung hatte in Rom wechselnde Schicksale.

Ursprünglich wendete man die usucapio auch auf die Servituten an, so daß die Übung einer Servitut in kurzer Frist zum Rechte wurde. Dies erschien derartig lästig und schädlich, daß eine lex Scribonia die usucapio der Servituten schlechthin aufhob.[2]

Man war hiermit von einem Extrem in das andere geraten. Die laxen Anforderungen der usucapio hatten die Gefahr mit sich gebracht, daß nachbarliche Gefälligkeiten oder auch Usurpationen zu Rechten wurden. Dem entgegenzutreten war zweckmäßig. Aber die gänzliche Ausschließung der Ersitzung der Servituten hatte eine sehr bedenkliche Seite. Denn althergebrachte Servituten verlieren im Laufe der Zeiten oft die Möglichkeit des Nachweises ihrer ursprünglichen Erwerbstitel, die in Vergessenheit geraten sind; sie finden dann ihre Deckung in dem Institute der Ersitzung, nach welcher ihre langjährige Übung ausreicht. Beseitigung der Servitutenersitzung entzieht also gerade den bestbegründeten und ältesten Rechten den notwendigen Schutz.

So sah man sich in der Kaiserzeit veranlaßt, eine neue Art der Servitutenersitzung, die longa possessio einzuführen.[3] Von der Eigentumsersitzung — der usucapio — blieb sie schroff geschieden.[4] Sie setzt voraus:

---

1) Muther, die Ersitzung der Servituten 1852; dort S. 1 Anm. 1 siehe die ältere Literatur. Hedemann, Erwerbung und Schutz der Servituten 1864. Alfred Böhm, über die Ersitzung ländl. Dienstbark. Greifswald. Inaug.-Diss. 1893.

2) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum. Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Vgl. oben § 219 Ziff. 1. Übrigens streitet man darüber, ob die alte usucapio sich auf alle Servituten oder nur auf einzelne Arten, namentlich die servitutes praediorum urbanorum erstreckte. Das letztere verteidigen u. a. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 3 Heft 1 n. 3 S. 120 ff. und Bangerow Bd. 1 § 351, das erstere nimmt mit vollem Rechte Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 247 Anm. 2 an. Vgl. auch Voigt, über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen 1875.

3) l. 10 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. l. 5 § 3 D. de itinere 43, 19, l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3, l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 1, l. 2 C. de serv. 3, 34, l. 12 in f. C. de praescr. longi temp. 7, 33.

4) Vgl. l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 16 ad edictum: Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Hier wird die usucapio der Servituten verneint, keineswegs der Erwerb durch die wesentlich anders geartete longa possessio in Abrede gestellt. Die Äußerung hat auch für das justinianische Recht unseres Erachtens Bedeutung. Es

a) langjährige Übung; man setzte die Zeit auf zehn Jahre, wenn der Ersitzende und der Eigentümer in derselben Provinz wohnten — inter praesentes —, auf 20 Jahre, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten — inter absentes;[5]

b) daß die Ausübung als Recht[6] und

c) daß sie während der gesamten Zeit dem Eigentümer gegenüber weder vi[7] noch clam[8] noch precario geschah, also weder eine Usurpation noch einen Mißbrauch seiner Gefälligkeit enthielt.[9]

Die Quellen nehmen keine Art der Servituten von dieser Ersitzung aus. Es war daher nicht richtig, wenn viele Neuere die unständigen,[10]

---

soll die Anwendung der Eigentumsersitzung auf die Servituten in Abrede gestellt werden. Über andere Erklärungen siehe Vangerow Bd. 1 § 351 S. 763. Hedemann a. a. O. S. 1 ff. leugnet auf Grund dieser Stelle jede Art der Servitutenersitzung. Er will in der longa possessio nur eine Vermutung des Erwerbes sehen, welche durch den „Gegenbeweis der Nichtexistenz der Servitut" entkräftet werden könne! Aber die Quellen sprechen vom „tempore adquiri", z. B. l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

5) Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtlichen Untersuchungen behauptete, die longa possessio der Servituten kenne keine fixierte Zeit, sie bestimme sich nach richterlichem Ermessen. Aber bereits Paulus sent. V 5a § 8 erklärt: longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur. Justinian entscheidet ferner in der l. 12 § 4 C. de praescr. longi temporis 7, 33, nachdem er die Begriffe der praesentia, wobei 10, und der absentia, wobei 20 Jahre erfordert würden, fixiert hat: eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales quae in jure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes. Dies kann sich nur auf die Servitutenersitzung beziehen. Weniger beweiskräftig ist l. 2 C. de servit. 3, 34 infolge der Unsicherheit der Lesart „rerum immobilium", an deren Stelle Krüger liest „mobilium".

6) l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6, l. 7 D. de itiner. 43, 19, l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43, 20. Der Erwerb einer Servitut durch Verjährung kann auch durch Besitzhandlungen begründet werden, welche der Prätendent der Servitut in der Meinung eines ihm zustehenden Eigentumsrechtes an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat. Denn wie R.G. Bd. 4 S. 137, Bd. 7 S. 146 zutreffend ausführt: die einschlägigen, die Servitutenersitzung betreffenden Quellenstellen verlangen nirgends etwas mehreres, als daß der Ersitzende mit dem Willen, von einem Rechte Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt hat; daß dies gerade mit dem Bewußtsein von der juristischen Natur dieses Rechtes geschah, ist irrelevant.

7) Auch außergerichtlicher Widerspruch des Eigentümers genügt, um den Besitz des Nichtberechtigten zu einem gewaltsamen im Sinne des Ersitzungsrechtes zu machen. l. 2 C. de serv. 3, 34, R.G. Bd. 1 S. 104.

8) R.G. Bd. 25 S. 145. Ein besonderes Requisit der scientia des Eigentümers gibt es nicht. Nur wird im Falle seiner Nichtkenntnis oft Ausübung clam vorhanden sein. Daraus erklärt sich l. 2 C. de servit. 3, 34 die Hervorhebung „eo sciente".

9) Bestritten ist die Frage, ob Kläger anführen und beweisen müsse, daß er die Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausgeübt habe. Hierfür scheint die oben Anm. 3 abgedruckte l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5 zu sprechen. Vgl. Seckendorf im Archiv für ziv. Praxis Bd. 4 S. 89 ff. Indessen kann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast nur verlangt werden, „daß die vom Ersitzenden im Rechtsstreite nachgewiesenen Besitzeshandlungen nicht als gewalttätige, heimliche oder bittweise ausgeübte erscheinen, so zwar, daß wenn dies nicht der Fall ist, der Beweis des Vorhandenseins dieser Besitzfehler vom Gegner im Gegen- oder Einredebeweis zu erbringen ist." R.G. Bd. 1 S. 103.

andere die persönlichen, noch andere die negativen Servituten[11] ausschließen wollten.

Bösartige Streitfragen hat folgender Umstand erzeugt. Die ältere gemeinrechtliche Theorie stempelte die Erfordernisse der *Eigentumsersitzung zu generellen Voraussetzungen jeder erwerbenden Verjährung* und wendete sie natürlich auch auf die *Servitutenersitzung* an. Demgemäß forderte sie für die Servitutenersitzung einen *Titel*, wie für die Ersitzung des Eigentumes. Neuerdings sieht man hiervon ab, weil eben die Servitutenersitzung besonderer Art ist.[12] Ferner wurde die Servitutenersitzung bei usukapionsunfähigen, insbesondere bei fiskalischen Sachen ausgeschlossen und hierfür eine außerordentliche Ersitzung angenommen. Auch dies ist den Quellen fremd, doch hat die neuere Theorie und Praxis hieran überwiegend festgehalten.[13]

Bona fides endlich war nach römischem Rechte gleichfalls nicht erforderlich. Gemäß den rezipierten kanonischen Grundsätzen muß sie aber vorhanden sein.

---

10) Schon in der Glosse quaesiisti bei l. 2 C. de serv. 3, 34 und forte tot bei l. 10 D. si serv. vind. 8, 5 macht sich die Ansicht geltend, daß servitutes discontinuae nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnten. Dies war lange Zeit die herrschende Meinung; sie wurde vom Reichskammergericht adoptiert, Mynsinger, observat. cameral. cent. IV obs. 6 und 53, und in vielen Territorien observanzmäßig angewendet, siehe u. a. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 2 S. 116, Bd. 7 S. 266. Aber schon im vorigen Jahrhundert fand sie entschiedene Bekämpfung. Energisch ist ihr in neuerer Zeit Savigny, System Bd. 4 S. 480 entgegengetreten. Man hat sich für die Ausschließung der Ersitzung bei serv. discontinuae vorzugsweise auf l. 3 § 4 D. de aqua cott. 43, 20 von Pomponius und die l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3 von Scaevola berufen. Doch dort werden die servitutes „discontinuae" nicht besonders ausgezeichnet, vielmehr wird für den Erwerb von *Wasserleitungen* unvordenkliche Verjährung für nötig erklärt. Wir erklären dies daraus, daß zur Zeit der Abfassung dieser Stellen die Servitutenersitzung noch keine allgemeine Anerkennung hatte, so daß die Unvordenklichkeit allein Schutz bot. Andere Auffassungen hat Savigny a. a. O. Wie dem aber auch sei, keinesfalls beweisen die Stellen dafür, daß unständige Servituten der Servitutenersitzung entzogen sind. Dies bringt das R.G. Bd. 3 S. 210 selbst für die gemeinrechtlichen Territorien zur Geltung, in welchen ein entgegengesetzter Gerichtsgebrauch bestand.

11) So Bessel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 13 S. 410; dagegen Windscheid Bd. 1 S. 213 Anm. 10.

12) Einen Titel verlangt noch Muther a. a. O. § 13, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 351 S. 764, Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 7. Auch das R.G. Bd. 4 S. 137 erfordert keinen Titel.

13) Die gemeine Meinung teilen u. a. Vangerow Bd. 1 § 351 Ziff. 5 und Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 9, neuerdings R.G. Bd. 6 S. 202, Bd. 25 S. 190; dagegen ist Puchta § 188 Anm. m, Brinz Bd. 1 S. 793. Der Hauptgrund der gemeinen Meinung ist, daß nicht abzusehen sei, warum dem Fiskus gegenüber das Eigentum nur durch außerordentliche Ersitzung erworben werden könne, eine das Eigentum mehr oder weniger erschöpfende Servitut dagegen nur den gewöhnlichen Zeitraum erfordern solle. Allein es handelt sich nicht um ein einheitliches Ersitzungsinstitut, sondern um Institute, die eine historisch getrennte Entwicklung haben und nicht immer parallel laufen.

Die Unterbrechung der begonnenen Servitutenersitzung geschieht, wenn der Besitzer anfängt, vi, clam oder precario in der Ausübung der Servitut zu sein. Um deswillen tritt sie auch mit Erhebung der Klage seitens des Eigentümers ein. Denn hierin liegt ein Verbot, welches die weitere Ausübung als gewalttätig erscheinen läßt.[14]

§ 253. Richterspruch und Gesetz.

Durch den Richter können Servituten in Teilungsprozessen unmittelbar begründet werden.[1]

Der Richter kann ferner in Notfällen zur Bestellung eines Weges gegen Entschädigung verurteilen.[2] Vorausgesetzt ist, daß der ordnungsmäßige Gebrauch des Grundstückes des Klägers ohne einen derartigen s. g. Notweg nicht möglich ist. Die Klage ist gegen den Eigentümer eines Nachbargrundstückes, welches zum Wege tauglich ist, zu richten. Der Beklagte darf einwenden, daß ein anderer Nachbar durch den Weg weniger belästigt werde.

Von Rechts wegen entsteht infolge familienrechtlicher Beziehungen in mehreren Fällen ein — s. g. gesetzlicher — Nießbrauch.[3]

§ 254. Untergang der Servituten.

Die Servituten gehen unter durch Wegfallen ihrer Existenzbedingungen, durch Verzicht und durch Nichtgebrauch.

Sie endigen:

a) wenn die dienende Sache untergeht oder zur Servitut unfähig wird, sei es rechtlich, indem sie extra commercium tritt,[1] sei es

14) Nach B.G.B. § 1033 wird der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch Ersitzung erworben nach Analogie der Ersitzung des Eigentums. An Grundstücken kennt B.G.B. nur die s. g. Tabularersitzung, vgl. § 900. Indessen erfolgt die Begründung, also auch die Ersitzung von Dienstbarkeiten, auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. noch so lange nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Einf.Ges. Art. 189.

1) l. 6 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 16 §§ 1 und 2, l. 22 § 3 D. fam. erc. 10, 2. Vgl. l. 18 D. comm. div. 10, 3. Dem B.G.B. ist dies fremd.

2) Das römische Recht ließ nur im religiösen Interesse den Zwang zur Einräumung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnisstätten zu, l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7. In älteren deutschen Quellen dagegen wird mehrfach ein Anspruch auf einen Notweg anerkannt, vorzugsweise wohl veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner, vgl. Kraut, Grundriß § 98 n. 13 ff. Es wurde hieraus im Anschluß an die römische Bestimmung eine gemeine Gewohnheit. Vgl. übrigens Menzel, das Recht des Notwegs, Wien 1896, Sonderabdruck aus den Juristischen Blättern n. 19 ff. Siehe ferner B.G.B. § 917, Bürg. R. Bd. 3 § 84 S. 238.

3) Vgl. namentlich unten Bd. 3 §§ 33, 34.

1) Vgl. l. 17 pr. D. de usu fructu 7, 1. Die Servitut geht jedoch nach ge-

tatsächlich, indem sie die natürlichen Eigenschaften verliert, auf welche sich die Servitut gründete, — es versiegt z. B. die Quelle für immer, aus welcher die Wasserleitung zu Gunsten eines Nachbargrundstückes gespeist wurde.[2]

Der Nießbrauch insbesondere erlischt infolge erheblicher Veränderung der dienenden Sache, durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird. Demnach endigt Zerstörung des Nießbrauchhauses durch Brand oder Zusammensturz oder Abtragung den Nießbrauch; derselbe erhält sich nicht an der Grundfläche. Ebenso macht die Errichtung eines Miethauses auf einem Gartengrundstücke dem Nießbrauche an diesem ein Ende.[3]

Für den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen gilt dies nicht.[4]

b) Die Prädialservitut endigt ferner, wenn das herrschende Grundstück untergeht, z. B. durch Abspülung, Erdschlupf.[5]

Dem Nießbrauch steckt der Tod des Nießbrauchers das Ziel. Doch können die Erben aufs neue zum Nießbrauche berufen sein.

Der Nießbrauch zu Gunsten einer juristischen Person geht mit dieser unter.[6] Doch solcher Untergang ist ein außergewöhnliches Ereignis. Damit also eine mit dem normalen Nießbrauch nicht stimmende beständige Entwertung der Proprietät nicht eintrete, setzten die klassischen Juristen die Dauer des Nießbrauchs einer juristischen Person auf 100 Jahre, als

---

meinem Rechte nur dann notwendig unter, wenn sie im Widerspruch mit der öffentlichen Bestimmung der Sache steht.

2) l. 24 pr. § 1 D. quib. mod. us. fruct. am. 7, 4.

3) Es war altes Prinzip, „rei mutatione interire usum fructum". l. 5 § 2 D. quib. mod. us. fruct. am. 7, 4. Mit der späteren Entwicklung des Ususfrukts steht dasselbe aber nicht mehr im Einklang. Jenes Prinzip beruhte auf der Anschauung, daß dem Nießbraucher für seine Person die spezifische Nutzung, welche gerade die Nießbrauchsache abwirft, eingeräumt werden sollte. Nach der Weiterentwicklung des Nießbrauchsinstitutes bezweckt dasselbe aber, dem Nießbraucher den pekuniären Ertrag eines Wertstückes zu sichern. Nur dieser Gedanke erklärt die Zulässigkeit der Veräußerung der Ausübung des Nießbrauches. Er muß folgerecht dahin führen, von der Veränderung der Benutzungsweise abzusehen, wenn nur die Sache dieselbe bleibt. Übrigens läuft die Unterscheidung der römischen Juristen zwischen „erheblicher" Veränderung, die den Nießbrauch endet, und „unerheblicher", die ihn bestehen läßt, in Willkür aus. Verwandlung eines Waldes in einen Acker soll erheblich, Verwandlung eines Weinberges in ein Getreidefeld unerheblich sein, l. 6 — l. 12 D. q. m. u. a. 7, 4. Anders Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 546. — Ging die erhebliche Veränderung vom Proprietar aus, so wird er „ex testamento" oder „de dolo" zur Entschädigung des Nießbrauchers verpflichtet. B.G.B. kennt „erhebliche Veränderung der dienenden Sache" als Erlöschungsgrund nicht.

4) l. 34 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

5) Sie endet nicht, wenn das herrschende Grundstück derelinquiert wird. Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 3, Fadda in d. studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 73; dagegen Czyhlarz, Fortsf. v. Glück Bd. 1 S. 126.

6) l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4.

äußerste Grenze des menschlichen Lebens und damit des Nießbrauchs einer physischen Person.[7] Seit jedoch erbliche Bestellung des Nießbrauchs durch besondere Vereinbarung zulässig wurde, ist folgerecht auch die Erstreckung des Nießbrauchs einer juristischen Person über 100 Jahre hinaus durch besondere Willensbestimmung als zulässig anzusehen. Er läuft also nur im Zweifel mit 100 Jahren ab.[8]

c) Durch Konsolidation erlischt der Nießbrauch, wenn der Nießbraucher das Eigentum aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt,[9] durch Konfusion die Prädialservitut, wenn das Eigentum des herrschenden und des dienenden Grundstückes in eine Hand kommt.[10] Die durch Konfusion erloschene Servitut lebt im Falle einer späteren Entäußerung eines der Grundstücke nicht wieder auf. Nur Neubestellung der früheren Servitut ist in diesem Falle möglich.[11] [12]

2. Verzicht seitens des Berechtigten beendigt die Servitut. Er kann einseitig sein — Dereliktion —, bedarf also nicht der Annahme seitens des Eigentümers.[13] Auch stillschweigender Verzicht genügt, er

---

7) l. 56 D. de usu fructu 7, 1. Gajus libro 17 ad edictum provinciale: An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret . . . qua catione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.

8) So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 8 und dort Zitierte. Anders B.G.B. § 1061 „Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser".

9) § 3 J. de usu fructu 2, 4. Finitur autem usus fructus . . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Vgl. l. 17 D. qb. mod. u. a. 7, 4, l. 35 D. de bonis libert. 38, 2. Nach B.G.B. § 1063 tritt Konsolidation nur ein, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, doch gilt der Nießbrauch als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauches hat.

10) l. 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. Über den Satz: servitus per partes retinetur vgl. oben § 241 Anm. 5. B.G.B. hat die Konfusion als Erlöschungsgrund für dingliche Rechte an Grundstücken beseitigt, vgl. § 889.

11) Die Servitut lebt wieder auf, wenn der Eigentumserwerb rückwärts hin reszindiert wird, l. 57 pr. D. de usu fructu 7, 1, vgl. l. 7 pr. D. de fundo dotali 23, 5. Auch eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut kann eintreten.

12) l. 30 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Über die s. g. Relativität der Konsolidation und Konfusion vgl. unten § 273 Anm. 4.

13) Ob einseitiger Verzicht genügt, oder ob es der Annahme des Verzichtes seitens des Proprietars bedarf, ist bestritten. Die Frage ist besonders wichtig für den Usufrukt, welcher mit Lasten verknüpft sein kann, die den zeitigen Ertrag übersteigen, so daß es im Interesse des Proprietars liegen mag, den Verzicht auf den Usufrukt zur Zeit nicht anzunehmen. Nach altem römischen Rechte bedurfte es der in jure cessio an den Proprietar, damit die Servitut untergehe, also seiner Mitwirkung, doch ist zu beachten, daß ein Teil der römischen Juristen den Untergang auch im Fall der in jure cessio an einen extraneus eintreten ließ, so daß sich der Servitutberechtigte

liegt unter anderem in der Zustimmung des Servitutberechtigten zu solchen Veränderungen der dienenden Sache, welche die fernere Ausübung der Servitut dauernd unmöglich machen.[14]

3. Endlich gehen die Servituten durch Nichtgebrauch — non usus — unter.[15]

Personalservituten[16] und Feldbienstbarkeiten[17] endigen infolge bloßen Nichtgebrauches — eine besondere Art der erlöschenden Verjährung. Gebrauch heißt hier nicht Tätigkeit; ein entsprechender Zustand gilt vielmehr als Gebrauch, z. B. das stetige Fortfließen des Wassers in der Wasserleitung.[18] Nicht erforderlich ist, daß der Servitutberechtigte persönlich handelt. Der Usufrukt erhält sich auch durch die Ausübung seitens eines Pächters, Käufers, Geschenknehmers,[19] die Prädialservitut ferner durch die Benutzung für das herrschende Grundstück, geschehe sie nun durch die Familie und das Gesinde seines Eigentümers oder durch Dritte und selbst durch einen bösgläubigen Grundstücksbesitzer.[20] [21] Aus welchem Grunde die Ausübung unterblieb, kommt

---

nach ihrer Ansicht von der Servitut ohne Mitwirkung des Proprietars losmachen konnte, vgl. oben § 246 Anm. 5. Im justinianischen Rechte ist nur noch von cedere usum fructum domino proprietatis oder concedere die Rede, § 3 J. de usu fructu 2, 4, vgl. l. 21 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 20 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 17 D. comm. praed. 8, 4. Die Annahme dieser Konzession seitens des Proprietars wird aber nicht gefordert. Die l. 64 und l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1 behandeln das „derelinquere usum fructum" als rechtsbeständig. Es genügt also einseitiges Aufgeben des Nießbrauches zu seiner Beendigung. Anders Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 11, R.G. Entsch. Bd. 48 S. 262, vgl. aber Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 689, sowie Thon im Archiv für ziv. Pr. Bd. 80 S. 83 Anm. 1. Wie hier auch B.G.B. §§ 1064, 1072 bezüglich des Nießbrauchs an beweglichen Sachen und an Rechten, § 875 für den Nießbrauch an einem Grundstücke.

14) l. 8 D. quemadm. serv. 8, 6. Paulus libro 15 ad Plautium: Si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viae. Die Verstattung kann auch im bloßen Dulden der Anlage liegen. Aber nicht jedes Wissen von der Anlage ohne Widerspruch ist Verstattung. Vgl. hierzu B.G.B. § 1028, Bürg. R. Bd. 3 § 171 S. 490.

15) B.G.B. kennt diesen Erlöschungsgrund nicht.

16) § 3 J. de usu fructu 2, 4, l. 25 D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4.

17) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

18) l. 12 D. quemadm. serv. 8, 6.

19) In l. 38 und l. 39 D. de usu fructu 7, 1 behaupten Gajus und Marcianus, den Usufrukt übe auch aus, wer seine Ausübung verkauft habe „quia, qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur". Dies ist sehr gekünstelt. Ulpian in der l. 29 pr. § 1 quib. mod. ususfr. 7, 4 huldigte dieser Ansicht mit Recht nicht.

20) l. 20 ff. D. quemadm. serv. 8, 6.

21) Die Servitut geht unter, wenn die Ausübung auf eine Servitut anderer Art ging, l. 10 pr., l. 11 pr., l. 17, l. 18 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6, nicht wenn sie weiter reichte, l. 11 pr. D. cit. Teilweise Ausübung genügt zur Erhaltung des

nicht in Betracht; die Servitut erlischt daher, auch wenn ihrer Benutzung unübersteigliche Hindernisse entgegenstanden; doch findet in solchen Fällen Restitution statt.[22]

Zur Beendigung der Gebäudeservituten genügt bloßer Nichtgebrauch nicht; vielmehr muß usucapio libertatis hinzukommen, d. h. es ist notwendig, daß sich der Besitzer des dienenden Grundstückes während der Verjährungszeit in dem Besitze des entgegengesetzten Zustandes befand.[23] [24] Dieser Zustand darf nicht auf prekaristischer Verstattung beruhen,[25] denn hierin liegt Betätigung des Rechtes seitens des Konzedierenden, nicht dessen Vernachlässigung. Dagegen ist für die usucapio libertatis weder Titel noch guter Glaube erforderlich. Selbst Gewalt und Heimlichkeit steht ihr nicht entgegen. Denn im Grunde handelt es sich um Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch, welcher hier nur die besondere Form der Duldung der Ersitzung des entgegengesetzten Zustandes haben muß.[26]

Die Verjährungszeit bilden 10 Jahre unter Gegenwärtigen und 20 Jahre unter Abwesenden.[27]

---

vollen Rechtes, wenn man dies und nicht etwa bloß ein vermeintes anderes Recht ausüben wollte, l. 20 D. quib. mod. serv. 7, 4, l. 2, l. 8, l. 9 D. quemadm. serv. 8, 6.

22) l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8, 6, l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

23) l. 6 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. Wirth, die libertatis usucapio 1854. Ein Baum, welcher die Aussicht versperrt, begründet die usucapio libertatis nicht. l. 7 D. de s. p. u. 8, 2; vgl. Jhering, Besitzwille S. 283.

24) Unter serv. pr. urbanorum sind hier diejenigen zu verstehen, welche regelrecht als solche klassifiziert werden; vgl. oben § 239. Die usucapio libertatis ist auf Gebäudeservituten beschränkt. Sie kann nicht etwa bei Rustikalservituten gefordert werden, auch wenn sie in ähnlicher Weise einen dauernden Zustand des dienenden Grundstückes begründen, z. B. das Recht geben, eine feste, chaussierte Straße oder einen Stall zur Aufnahme des weideberechtigten Viehes zu haben. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 2.

25) l. 32 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 17 D. communia praediorum 8, 4.

26) Brinz Bd. 1 S. 796, dagegen Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 9 und 10, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 548. — Eine besondere Art der usucapio libertatis kennt B.G.B. § 1028, Bürg. R. Bd. 3 § 171 S. 490.

27) Nach älterem Rechte erloschen Servituten durch Nichtgebrauch an Mobilien

Fünftes Kapitel.

Rechtsmittel des Servitutenrechtes.

§ 255. Die actio confessoria.

Um der Servituten willen bestehen zwei Kategorien von Klagen, nämlich die actiones confessoriae wegen behaupteter und die actiones negatoriae gegen angemaßte Servituten.

Die actio confessoria ist der rei vindicatio verwandt.[1] Aber es handelt sich nicht, wie vorwiegend bei der Eigentumsklage, um Herausgabe des Besitzes; denn der Servitutenbesitz gibt dem Besitzer keineswegs eine so feste Stellung wie der Eigentumsbesitz. Die confessoria bezweckt vielmehr Sicherung des eingeklagten Servitutenrechtes.[2] Daher steht sie dem besitzenden, wie dem nichtbesitzenden Servitutberechtigten zu.[3] Hiernach gestaltet sich das einzelne in folgender Art:

1. Kläger ist der Servitutberechtigte.

---

in einem Jahre, an Immobilien in 2 Jahren, l. 13 C. de servit. 3, 34. Justinian hat die Zeit der longi temporis praescriptio eingeführt, also 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Er hat sich hierbei zum teil unpräzis ausgedrückt, was Veranlassung zu zahlreichen, höchst unerquicklichen Streitfragen gegeben hat. Vgl. unsere früheren Auflagen.

1) Nicht eine allgemeine confessoria actio für alle Arten von Servituten war im prätorischen Album aufgestellt. Vielmehr waren besondere Klageformeln für den Nießbrauch, für Wegerechte, Wasserleitungen und bestimmte Urbanalservituten proponiert, vgl. Lenel, edictum S. 148. B.G.B. verweist für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf die Analogie der Negatorienklage (§ 1004), vgl. §§ 1027, 1090. Hinsichtlich des Nießbrauches bestimmt B.G.B. § 1065: Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

2) Die actiones confessoriae waren zweifelsohne arbitrariae. Aber sie enthielten nicht wie die Eigentumsklage den Zusatz, nisi ea res arbitrio tuo restituetur, vgl. l. 19 in fine D. de her. pet. 5, 3. Vielmehr ging beim Usufrukt das richterliche Befinden dahin, ob Beklagter „patitur uti frui", im Verneinungsfall erfolgte Geldkondemnation, l. 1 pr., l. 5 § 6 D. si ususfr. pet. 7, 6. In ähnlicher Weise war auch ohne Zweifel bei den actiones confessoriae wegen Prädialservituten, die ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent — l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. — abgefaßt waren, die Ermächtigung zum Zwischenbescheide gefaßt. Andere Auffassungen hat Lenel a. a. O. Er nimmt in die actio confessoria wegen des Usufrukts eine Klausel auf „neque ea res restituetur", wofür die von ihm angezogene l. 5 § 4a D. si ususfr. pet. 7, 6 nur eine gebrechliche Stütze gibt, und er will bei den anderen actiones confessoriae mit der einfachen Geldkondemnation auskommen, was aus sachlichen und historischen Gründen unannehmbar ist.

3) l. 5 § 5 D. si usus fructus pet. 7, 6.

Einen Ususfrukt einklagen kann, wie der ursprüngliche Nießbraucher, so auch wem die Ausübung veräußert ist.[4]

Die Einklagung von Prädialservituten gebührt dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes, als dem Servitutberechtigten.[5] Jeder Miteigentümer des herrschenden Grundstückes ist selbständig servitutberechtigt und um deswillen selbständig zur Klage legitimiert.[6] Siegt er und fügt sich der Beklagte, so kommt dies auch den übrigen Miteigentümern zu gute, unterliegt er, so schadet die Niederlage den übrigen nicht.[7]

Superfiziare, Emphyteuta, Pfandgläubiger sind gleichfalls zur Einklagung der Prädialservituten des Grundstückes legitimiert, an welchem sie ein dingliches Recht haben.[8] Der Nießbraucher ist hierzu befugt, soweit er durch Beeinträchtigung der Servitut in seinem Nießbrauche geschädigt ist.[9] Auch publizianische Besitzer sind nach

---

4) Vgl. oben § 246 Anm. 7.

5) l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, „nulli alii quam domino fundi competit".

6) l. 4 § 3, l. 6 § 4 D. eod. 8, 5, l. 1 § 5 D. de arbor. caed. 43, 27.

7) Hat das Urteil im Prozesse mit einem der Miteigentümer Rechtskraft für und gegen die anderen Miteigentümer, welche am Prozesse keinen Anteil hatten? Dies behauptet man meist. So namentlich Savigny Bd. 6 S. 479. Hierin läge aber eine nicht zu billigende Singularität, welche durch die Quellen nicht erhärtet wird. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 führt aus, daß der Sieg eines von mehreren Miteigentümern eines Grundstückes im Streite um eine Prädialservitut den übrigen Miteigentümern zu gute komme, wenn sich der Beklagte dem Servitutenrechte fügt. Dies ist notwendige Folge. Aber wenn es zur Geldverurteilung kommt, kann, wie die Stelle gleichfalls entscheidet, der Kläger doch nur sein persönliches Interesse liquidieren. Hieraus ergibt sich, daß die Klagen der übrigen Miteigentümer intakt bleiben, so daß sie ihre Ansprüche noch geltend machen können. Keinesfalls kann das dem klagenden Miteigentümer ungünstige Urteil den Mitberechtigten schaden. Wie sollte ihr Recht durch die Prozeßführung Dritter vernichtet werden. Die hier angeführte l. 19 D. si serv. vind. 8, 5 Marcianus libro 5 regularum bezeugt dies nicht. Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario ceteris dandum esse actionem de dolo Celsus scripsit idque ait Sabino placuisse. Nachlässige Prozeßführung des einen präjudiziert hiernach den anderen nicht. In dem Schlußsatz mag an den Fall gedacht sein, in welchem, während der eine Miteigentümer die Klage mit der Absicht des Verrates anstellte, die Servitut durch non usus unterging. Er harmoniert, wie er jetzt vorliegt, nicht mit dem Vordersatz. Vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 6. Wie hier Seeler, Miteigentum S. 127.

8) l. 16 D. de serv. 8, 1, l. 3 § 3, l. 9 D. de o. n. nunt. 39, 1.

9) Die herrschende Ansicht der römischen Juristen formuliert l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro 8 apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui. Dagegen verstattete Julian dem Usufruktuar die Vindikation der an das Nießbrauchgrundstück geknüpften Realservituten, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25. Über die praktische Tragweite dieser Kontroverse vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 389.

gemeinem Recht zur Klage wegen der Servituten der von ihnen besessenen Grundstücke befugt.[10]

Wer eine Servitut vom publizianischen Besitzer oder Emphyteuta oder Superfiziar des dienenden Grundstückes erwarb, ist klagberechtigt gegen alle, welche diesen seinen Autoren unterlegen wären.[11]

2. Beklagter ist, wer *sich zu der Servitut in Gegensatz setzt*, also sie stört oder *bedroht*. Dieser Gegensatz kann ein tätlicher oder ein wörtlicher, er kann ein totaler oder ein bloß teilweiser sein. Die Opposition muß sich aber gegen die Servitut selbst richten, nicht bloß gegen die Person des Servitutberechtigten, mit anderen Worten, die Servitut muß als solche in Frage gestellt, es darf nicht bloß eine persönliche Verletzung beabsichtigt sein.

Unter diesen Voraussetzungen sind belangbar Eigentümer, Besitzer und bloße Detentoren des dienenden Grundstückes, wie auch andere Personen, z. B. wer eine kollidierende Servitut in Anspruch nimmt.[12]

Besitzer in fremdem Namen haben das Recht der nominatio auctoris.[13]

Auch s. g. ficti possessores sind haftbar.[14 15]

3. Klagzweck ist *Anerkennung* und *Sicherung* der eingeklagten Servitut. Je nach Bedürfnis schließt sich eine Verurteilung zur Herstellung *des der Servitut gemäßen Zustandes* an, z. B. durch Einräumung des Besitzes, sowie durch Wegräumung von hindernden Anlagen.[16] Insbesondere ist künftigen Störungen zu begegnen. In Rom geschah dies regelmäßig durch Auflage einer s. g. cautio de non tur-

10) Dem römischen Rechte ist dieser Satz noch fremd, er beruht auf einer gemeinrechtlichen Weiterentwicklung. Sie geht auf die Glosse zurück, l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 gl. potest, vgl. Glück Bd. 10 S. 228 Anm. 10, Ihering, Abhandlungen S. 107, Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 7.

11) Siehe oben § 251 Anm. 5.

12) l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam (non) ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. — Anders steht es bei der servitus oneris ferendi l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum.

13) Oben § 225 Ziff. 3, C.P.O. § 77.

14) Oben § 225 Ziff. 4, l. 6 D. si usus fructus pet. 7, 6.

15) Kläger hat die Existenz der Servitut und bei Prädialservituten seine Aktivlegitimation zu beweisen. Ebenso liegt ihm der Nachweis der Passivlegitimation des Beklagten ob.

16) Die Beseitigung geschieht auf Kosten des Beklagten, wenn diesen eine Schuld an der Anlage traf, sonst auf Kosten des Klägers, arg. l. 6 § 7 D. de aqua 39, 3, oben § 232 Anm. 27.

bando.[17] Gemeinrechtlich begnügt man sich in der Regel mit richterlichen Verboten unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung. Verurteilung zur Kautionsstellung erfolgt nur, wenn sie nach der besonderen Lage nötig erscheint.[18]

Dem Kläger entgangene Nutzungen sind ihm nach den bei der Eigentumsklage entwickelten Grundsätzen zu ersetzen, so daß zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Beklagten zu unterscheiden ist. In entsprechender Weise ist sonstiger Schadensersatz zu gewähren.[19]

§ 256. Die actio negatoria.

Die actio negatoria ist das Gegenstück der actio confessoria.[1] Zahlreiche Einzelheiten entsprechen sich in beiden Klagen. In ihrem tieferen Grunde sind sie jedoch verschieden. Denn die actio negatoria ist nach ihrem Grundcharakter eine Klage aus dem Eigentume und hat die Verteidigung des Eigentumes zum Ziele.[2]

Nach römischem Rechte diente die actio negatoria nur der Abwehr angemaßter Servituten.[3 4] Dies beruhte zum Teil auf ihrer geschichtlichen Entwicklung, da sie sich an die actio con-

17) Vgl. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5.

18) C.P.O. § 890, insbesondere Absatz 3.

19) Im römischen Rechte war diese Seite der confessoria wenig entwickelt, Jhering, das Schuldmoment S. 26 Anm. 42a; vgl. jedoch l. 5 § 3 D. si usus fructus pet. 7, 6, l. 4 § 2, l. 6 § 6 D. si serv. vind. 8, 5, l. 5 C. de serv. 3, 34.

1) Daher lautet Tit. Dig. 7, 6 si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur und Tit. Dig. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Vgl. Hesse, die Negatorienklage in Jherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 4, Jäger, Klagegrund bei der a. negatoria. Gött. Inaug.-Diss. 1891.

2) Derzeit wird die actio negatoria meist unter den Eigentumsklagen abgehandelt. Windscheid Bd. 1 § 198 spricht von „Eigentumsklage wegen Eingriffs". Die Darstellung neben der a. confessoria rechtfertigt sich historisch und aus Zweckmäßigkeitsgründen. Vgl. aber auch B.G.B. § 1004.

3) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

4) Im prätorischen Album war nicht eine allgemeine actio negatoria aufgestellt, vielmehr bestanden spezielle actiones negatoriae gegen die Anmaßung des Ususfruktus und bestimmter Prädialservituten. Lenel, edictum S. 148, oben § 255 Anm. 1. Die intentio der gewöhnlichen Formel lautete: si paret No No jus non esse per fundum illum ire agere invito Ao Ao. Außerdem bestand eine actio „prohibitoria" mit der Formel si paret Ao Ao jus esse prohibendi. Zachariä, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 258. Vgl. vorzugsweise jetzt Lenel, in der Savignyzeitschr. rom. Abt. Bd. 12 S. 1 ff. Dort siehe die Literatur über die a. prohibitoria und die Anzweiflung derselben. Die a. prohibitoria erscheint hiernach als die jüngere die negatoria ergänzende Formel gegen die Anmaßung prätorischer Servituten und Antastungen seitens eines Miteigentümers gerichtet. Anders Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 469.

fessoria anlehnte. Es trat aber auch später in Rom ein dringendes Bedürfnis zur Erweiterung der Klage über ihre ursprünglichen Grenzen nicht ein.[5] Nach gemeinem Rechte dagegen ist die actio negatoria weiter ausgedehnt und zur Abwehr jeder angemaßten Eigentumsbeschränkung bestimmt.[6] Immerhin ist der Normalfall die Abwehr einer Servitut. Für diesen Fall sind im folgenden die Rechtsgrundsätze zu entwickeln. Dieselben sind auf die anderen Klagfälle entsprechend anzuwenden.

1. Klagberechtigt ist der Eigentümer der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.[7]

Miteigentümer haben gegenüber einem angemaßten Usufrukt geteilte Klagen, da jeder nur die Freiheit seines ideellen Teiles von der Last des Nießbrauches zur Geltung bringen kann. Gegenüber der Anmaßung einer Prädialservitut hat dagegen jeder der Miteigentümer die Freiheit des Grundstückes ganz zu verteidigen, da die Prädialservitut dasselbe entweder ungeteilt belastet oder gar nicht besteht.[8]

Zweifelsohne sind zur actio negatoria auch berechtigt publizianische Besitzer, ferner der Superfiziar, Emphyteuta und Pfandgläubiger der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.[9]

2. Die Klage ist gegen jeden begründet, der sich eine Servitut an der Sache des Klägers anmaßt.

Es genügt wörtliche Inanspruchnahme der Servitut, auch wenn der Versuch tatsächlicher Ausübung noch nicht geschah.[10] Es reicht andererseits tätliche Anmaßung einer Servitut aus, auch wenn man nicht ausdrücklich das Recht in Anspruch nimmt. Die Handlungen müssen darauf hinweisen, daß man sich dauernd wie ein dinglich an fremder Sache Berechtigter betragen will. Wer z. B. einmal Früchte eines fremden Grundstückes stahl, ist nicht negatorisch zu belangen, wohl aber, wer sie wiederholt an sich nimmt.

---

5) Über die Frage, ob der Miteigentümer gegen Miteigentümer die actio negatoria anstellen konnte, vgl. oben § 196 Anm. 13.

6) Ebenso B.G.B. § 1004.

7) l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. B.G.B. § 1011.

9) Der Nießbraucher, welcher durch eine angemaßte Servitut in seinem Nießbrauche gestört wird, klagt konfessorisch zur Erhaltung der Integrität seines Nießbrauches.

10) Dies ist herrschende, aber keineswegs unbestrittene Ansicht. Insbesondere verlangt Hesse a. a. O. S. 122 tatsächlichen Widerstand; vgl. hiergegen Arndts, § 169 Anm. 3, arg. l. 14 pr. D. si serv. vind. 8, 5 „si nova velis immittere, prohiberi a me potes, ferner Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 9.

3. Der Zweck der Klage ist **Feststellung der Freiheit** des Eigentumes von der angemaßten Servitut.

Hieran schließt sich die **Sicherung** gegen weitere Störungen. Nach römischem Rechte wurde der Beklagte angehalten, eine s. g. cautio de non turbando zu stellen.[11] Im heutigen Rechte ist nach richterlichem Ermessen Strafe gegen weitere Störungen anzudrohen und nur in besonderen Fällen auch Sicherstellung anzuordnen.[12]

Der Beklagte hat endlich **Schadensersatz** zu leisten und zwar nach den Grundsätzen der Eigentumsklage.[13] Selbst wenn der Beklagte die angemaßte Servitut noch nicht tatsächlich in Anspruch nahm, kann er schadensersatzpflichtig werden, z. B. wenn der Kläger infolge der dolosen Behauptung des Beklagten, daß ihm ein Wegerecht am Grundstücke des Klägers zustehe, am projektierten Verkaufe des Grundstückes an einen Baumeister gehindert wurde.

4. Bezüglich der **Beweislast** bei der actio negatoria bestehen drei Meinungen:

a) Nach der einen Ansicht hat Kläger zu beweisen, daß die Servitut, welche der Beklagte in Anspruch nimmt, nicht bestehe.[14] Man stützt sich hierfür auf den allgemeinen Satz, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe. Diese Auffassung führt jedoch zu ganz verkehrten Resultaten. Der Eigentümer müßte hiernach jedem verwegenen Angriffe gegenüber, z. B. eines Dritten, der über sein Grundstück geht, erweisen, daß hinter dieser Anmaßung kein Recht stehe.

b) Manche unterscheiden, ob der Beklagte im Besitze der Servitut ist oder nicht.[15] Sie behaupten, wenn er im Besitze der Servitut sei, müsse Kläger die Nichtexistenz des Rechtes des Beklagten beweisen. Denn überall liege dem **Kläger** der Beweis ob, überall sonst sei der **Besitzer** vom Beweise **frei**. Nur wenn der Eigentümer, obwohl er tatsächlich im Besitze der Freiheit von der angemaßten Servitut sei, etwa um ein alsbaldiges Definitivum zu schaffen, anstatt sich im Besitze

11) l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Javolenus libro 2 epistolarum: Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.

12) C.P.O. § 890 Abs. 3.

13) Vgl. l. 4 § 2 D. de serv. 8, 5. R.G. Bd. 6 S. 222. Im römischen Rechte war freilich diese Funktion der actio negatoria wenig entwickelt. Daher half man sich je nach Umständen durch cautio damni infecti, siehe Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 der Pandekten Bd. 2 S. 237 ff. Auch die actio doli konnte eingreifen.

14) Hierfür Du Roi im Archiv für ziv. Praxis Bd. 40 n. 2, Pape in Lindes Zeitschrift Bd. 16 n. 6. Dort finden sich weitere Literaturangaben.

15) Hauptvertreter ist neuerdings Brinz Bd. 1 S. 668.

zu verteidigen, sofort zur Negatoria greifen wolle, müsse man dem Beklagten die Beweislast aufbürden; der Umstand, daß der Eigentümer Kläger sei, werde dann von der Tatsache, daß er Besitzer sei, überwogen.

c) Die derzeit herrschende[16] und richtige Meinung ist, daß Kläger nur zu beweisen hat, daß er Eigentümer des Grundstückes ist, dessen Freiheit er behauptet, oder daß er sonst legitimiert ist, dasselbe zu vertreten. Er hat also nicht zu beweisen, daß die vom Beklagten angesprochene Servitut nicht existiert, mag dieser nun besitzen oder nicht. Denn wer sein Eigentum nachgewiesen hat, hat damit auch sein Recht, jeden Dritten auszuschließen, dargetan. Es ist daher dessen Sache, zu seiner Verteidigung ein Recht nachzuweisen, mit dem er das Eigentum überwinden kann.[17]

§ 257. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes.[1]

Zu Gunsten des Servitutenbesitzes bestehen besondere possessorische Klagen. Sie entwickelten sich in Rom nicht generell nach einer allgemeinen Idee, sondern speziell nach konkret hervortretenden Bedürfnissen. Daher hatten nicht alle Servituten possessorischen Schutz. Die einzelnen Interdikte ferner sind nach der Verschiedenheit des äußeren Habitus der Servituten verschieden geartet.

1. Der Besitz des Nießbrauches sowie anderer mit der Innehabung der dienenden Sache verbundener Personalservituten wurde in Rom durch interdictum uti possidetis[2] und i. unde vi utile[3] nach Analogie des Sachbesitzes gesichert. Gemeinrechtlich wendet man das possessorium ordinarium und die Spolienklage entsprechend an.[4]

16) Vgl. Vangerow Bd. 1 § 353 Anm. 2, Arndts § 169 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 15 und 16.

17) Die Quellen ergeben, daß der Kläger, welcher mit der actio negatoria auftritt, zu beweisen hat. Was er aber beweisen muß, darüber sprechen sich die Quellen nicht aus. Doch wird die hier vertretene Ansicht unterstützt durch die l. 5 pr. D. si usus fructus petetur 7, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi. quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessoris sunt potiores, licet nullum jus habeant. Vgl. im übrigen die früheren Auflagen. B.G.B. erleichtert den Eigentumsbeweis durch die Vermutungen der §§ 891, 1006.

1) Heerwart, zur Lehre von der quasipossessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln in Lindes Zeitschrift Bd. 12 n. 6 und n. 9.

2) l. 4 D. uti possidetis 43, 17. fragm. Vat. § 90. Vgl. über die Fassung des i. utile Lenel, edictum S. 381.

3) l. 3 §§ 3 ff. D. de vi 43, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet „si prohibeatur uti frui usufructa fundi" fragm. Vat. § 91, Lenel, edictum S. 376.

2. Folgende Interdikte knüpfen sich an den Besitz von Prädialservituten.

a) Das i. de itinere actuque privato[5] findet wegen ländlicher Wege statt.[6] Vorausgesetzt ist Benutzung des Weges durch oder für den Kläger oder dessen Autor im letzten Jahre vor der Klageerhebung[7] eine mäßige Zeit hindurch, und zwar nicht mit Gewalt oder heimlich gegen den Beklagten oder bittweise von ihm. Als mäßige Zeit wird Benutzung an 30 Tagen bezeichnet.[8] Doch begnügt sich die gemeinrechtliche Praxis auch mit weniger Tagen, wenn eine häufigere Ausübung nicht tunlich war.[9] Die Klage fordert ferner Behinderung der Wegnutzung durch den Beklagten mittels Wort oder Tat.[10]

Ziel des Interdiktes ist Sicherung künftiger Wegnutzung durch Strafandrohung, eventuell durch Kaution.[11] Ausbesserung des Weges kann man mit diesem Rechtsmittel nicht durchsetzen; dieser Anspruch verlangt Nachweis des Rechtes.[12]

b) Das i. de aqua cottidiana et aestiva[13] ist für ländliche und

---

4) Nach B.G.B. genießt der Nießbraucher als Besitzer den Besitzschutz.

5) Tit. Dig. de itinere actuque privato 43, 19. Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen n. 1 1826, Althof, das interdictum de itinere actuque privato 1836, Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 7 S. 463. Über das Interdiktsformular siehe l. 1 pr. D. h. t. und Lenel, edictum S. 383.

6) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 19.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 43. 19. In Fällen einer Behinderung in der Benutzung des Weges während des letzten Jahres, welche restitutio in integrum rechtfertigt, wird auf das vorletzte Jahr gesehen, l. 1 §§ 9 und 10 D. h. t. 43, 19.

8) l. 1 § 2 D. h. t. 43, 19. Ulpianus libro 70 ad edictum: Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore id est non minus quam XXX diebus. Nach der herrschenden Ansicht wird hier Benutzung des Weges an 30 Tagen des letzten Jahres gefordert. Dies entspricht den Sprachgesetzen. Nach einer anderen Auslegung wird nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre verlangt, so jedoch, daß bezügliche Handlungen mindestens 30 Tage von einander entfernt sind. So Althof a. a. O. S. 12 ff. und Vangerow Bd. 1 § 355 Anm. 1.

9) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 221.

10) l. 3 §§ 3 und 5 D. h. t. 43, 19.

11) Vgl. l. 3 § 4 D. h. t. 43, 19.

12) In Rom bestand ein besonderes interdictum de itinere reficiendo. l. 3 §§ 11 ff., l. 4, l. 5 pr. § 1 D. h. t. 43, 19. Dasselbe war aber nicht possessorisch, setzte vielmehr außer der letztjährigen Benutzung des Weges den Nachweis des rechtlichen Bestehens der Servitut voraus. Das Interdikt muß einer Zeit angehören, in der man mit der actio confessoria noch nicht die Vornahme der Wegebesserung erzwingen konnte, weil dieselbe nicht direkt den Inhalt der Servitut bildete. Seit sich dies änderte und dazu die Vorteile des Interdiktenprozesses wegfielen, fehlte dem i. de itinere reficiendo jede praktische Bedeutung.

13) Tit. Dig. de aqua cottidiana et aestiva 43, 20.

städtische Wasserleitungen bestimmt.[14] Es genügt einmalige Leitung im letzten Jahre, die nicht gewaltsam, heimlich oder bittweise vom Beklagten war. Sie muß aber in gutem Glauben geschehen sein, um in das Gewicht zu fallen.[15]

Verstattung der Wiederherstellung und der Reinigung der Leitungen kann, gestützt auf derartige letztjährige Benutzung, gleichfalls beansprucht werden.[16]

Behufs des Wasserschöpfens und der Viehtränke bestehen entsprechende Klagen.[17]

c) Die Anlage einer Kloake, die aus unserem Gebäude oder Platze über ein fremdes Grundstück führt, rechtfertigt für sich allein die Klage auf Verstattung ihrer Wiederherstellung und Reinigung.[18] Es kann nicht einmal eine Einrede daraus entnommen werden, daß Kläger die Kloake gewaltsam oder heimlich oder bittweise benutzt hat, denn das öffentliche Wohl fordert die Reinigung derselben.[19]

3. Servituten, welche sich in der äußeren Gestalt des herrschenden Grundstückes verkörpern, wie namentlich die Servituten des Einbaues und Überbaues, bedürfen besonderen Besitzschutzes nicht. Denn ihre Verletzung ist zugleich Störung des Besitzes der herrschenden Sache. Infolgedessen stehen diesen Servituten die possessorischen Rechtsmittel und die Spolienklage zu Gunsten des Sachbesitzes zu Gebote.[20]

4. Der Besitz negativer Servituten, z. B. einer Aussichtsgerechtigkeit, hatte im römischen Rechte keinen possessorischen Schutz.[21] Einen Ersatz gewährte das interdictum quod vi aut clam.[22]

---

14) l. 1 § 13 D. h. t. 43, 20.

15) l. 1 §§ 10 und 19 D. h. t. 43, 20.

16) l. 1 pr. ff. D. de rivis 43, 21.

17) Es bestanden i. de fonde und de fonde reficiendo, siehe l. un. D. de fonte 43, 22.

18) l. 1 pr. § 8 D. de cloacis 43, 23.

19) l. 1 § 7 D. eod.

20) l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. l. 32 § 1 D. eod.

21) Der Besitz negativer Servituten wird nicht schon durch das Vorhandensein des entsprechenden Zustandes in Verbindung mit dem Willen dessen begründet, der daraus Vorteil zieht, sich die Verkümmerung nicht gefallen zu lassen. Wer sich z. B. einer freien Aussicht über die Nachbargrundstücke erfreut, kann sich nicht durch seinen Entschluß ohne weiteres zum Besitzer einer Aussichtsgerechtigkeit machen, vgl. Hölder im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 113, Pflüger, Besitzklagen S. 239. Der Besitz derartiger Servituten verlangt vielmehr einen erkennbaren Kausalzusammenhang zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustandes und dem Willen des Eigentümers des herrschenden Grundstückes. Dieses Kausalitätsverhältnis kann durch ein Verbot

Die gemeinrechtliche Praxis schützt den Rechtsbesitz generell durch Possessorium und Spolienklage.[23] Infolgedessen genießt jeder Servitutenbesitz possessorischen Schutz, auch wenn er desselben nach römischem Rechte entbehrte.[24] Die possessorischen Rechtsmittel des römischen Rechtes für einzelne Arten von Servituten haben in ihrem besonderen Gebiete jedoch ihre Geltung behauptet.[25] [26]

Vierter Abschnitt.

Superfizies und Emphyteusis.

§ 258. Entwicklung von Superfizies und Emphyteusis.

Superfizies und Emphyteusis, die vererblichen und veräußerlichen dinglichen Rechte zu dauernder Benutzung fremden Bodens für ein Ge-

---

des Eigentümers des herrschenden Grundstückes hergestellt werden, dem sich der andere Teil fügt oder auch durch einen Vertrag, welcher den Zustand sichern will. So Bossert, Servitutenbesitz S. 25. Vgl. oben § 190.

22) Vgl. l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1, l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

23) Oben § 189 Anm. 9, vgl. freilich Pflüger, Besitzkl. S. 243.

24) Über die Besitzstörungsklage im Fall einer Forstservitut vgl. R.G. Bd. 31 S. 178.

25) Die neueren Romanisten lehren meist, die römischen Interdikte zum Schutze des Besitzes bestimmter Servituten seien analog auf solche Servituten anzuwenden, die des possessorischen Schutzes in Rom entbehrten, aber derzeit wegen ihrer größeren Wichtigkeit solchen in Anspruch nähmen. Insbesondere will Buchta, Pand. § 139, bei Servituten, deren Ausübung in bloßen Handlungen bestehe, die Grundsätze des interdictum de itinere; bei solchen, deren Ausübung nicht ohne besondere umständlichere Vorrichtung möglich sei, die des interdictum de aqua angewendet haben. So Wächter, Pand. Bd. 2 § 161 S. 261, vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 164 Anm. 18. Mit Recht verhält sich hierzu kritisch Arndts § 192 Anm. 6. Die Grundsätze insbesondere des i. de itinere passen auf die Weide- und Forstservituten keineswegs. Die Praxis weiß von deren analoger Anwendung nichts.

26) B.G.B. § 1029 fordert zum Besitzschutze einer Grunddienstbarkeit, daß sie für den Eigentümer im Grundbuche eingetragen und mindestens einmal ausgeübt worden ist. Wird dann der Besitzer des herrschenden Grundstücks innerhalb eines Jahres seit der letzten Ausübung in der Ausübung gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Analoges gilt für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, § 1090 Abs. 2. Solange indessen das Grundbuch für das belastete Grundstück noch nicht als angelegt anzusehen ist, finden die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitze einer Grunddienstbarkeit auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. Anwendung. Nach dieser Zeit gelten für Dienstbarkeiten, die der Eintragung bedürfen, die Vorschriften des § 1029. Für solche, deren Eintragung nicht erforderlich ist (Einf.Ges. Art. 128, 187), gelten nach dieser Zeit jedenfalls nicht mehr die Bestimmungen des bisherigen Rechts über den Besitzschutz, die Bestimmungen des B.G.B. aber nur ausnahmsweise. Vgl. Einf.Ges. Art. 191. Vgl. hierzu Preuß. Ausf.G. Art. 28. Siehe Bürg. R. Bd. 3 § 30 S. 88.

bäude und behufs der Landkultur, haben ihre Wurzeln auf publizistischem Gebiete.[1] Infolgedessen konnte man für sie juristische Konstruktionen verwerten, welche das römische Privatrecht ursprünglich nicht zuließ.

Es handelte sich darum, Staats- und Gemeindeland und kaiserliche Dominialgüter besser zu kultivieren, als dies durch fiskalische Selbstbewirtschaftung oder mittels Zeitpacht möglich war, zudem kapitalarme Bevölkerungsklassen in eine ähnliche Stellung wie Grundeigentümer zu bringen, dennoch aber die ihnen überlassenen Besitztümer dem Gemeinwesen nicht ganz zu entfremden, dem öffentlichen Schatze vielmehr durch einen Bodenzins eine stetige gleichmäßige Rente zu sichern.

Zuerst bildete sich die Superfizies aus.[2] Alten Rechtens ist das interdictum de superficiebus des Superfiziars, welcher ein Gebäuderecht auf Grund einer Erbpacht hatte.[3] Das Interdikt war bestimmt, den Streit zum Austrage zu bringen, wer von mehreren Prätendenten der wahre Superfiziar sei, eine Frage, die bei Erbpachtsverhältnissen, welche in ferner Vorzeit begründet sind, sehr leicht zweifelhaft werden kann. Dem i. de superficiebus schloß sich später eine actio in rem utilis des Superfiziars gegen den Besitzer der Sache an. Sie ging auch gegen den Grundherrn, wenn derselbe dem Superfiziar den Besitz der Superfizies vorenthielt. Damit erhielt die Superfizies das Gepräge eines dinglichen Rechtes.[4]

Im Laufe der Zeit wurde auch Privaten verstattet, ihre Grundstücke zur Superfizies auszutun. Dieser Schritt war nicht ohne Bedenken. Bis dahin hatte das Privatrecht solche dinglichen Rechte ausgeschlossen, welche eine dauernde Trennung der Nutzung vom Eigentume mit sich brachten, da dieselbe in der Tat soziale und wirtschaftliche

1) Bernice, Parerga II S. 83 in d. Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 5 S. 82.

2) Über die Geschichte der Superfizies siehe vorzugsweise Degenkolb, Dekret der Dekurionen von Puteoli, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 und Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867, Schmidt, das Recht der Superfizies in der Savignyzeitschrift Bd. 11 S. 132.

3) Das interdictum lautete — l. 1 pr. D. de superficiebus 43, 18 —: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto. Über die Verwandtschaft mit dem interdictum uti possidetis und mit dessen ursprünglichen Zielen vgl. oben § 171 Anm. 3. Vgl. über das interdictum Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 146 S. 1260.

4) Daß man den Schritt zögernd tat, ergibt die Fassung des in l. 1 pr. D. h. t. mitgeteilten Ediktes: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Die causae cognitio betraf ursprünglich ohne Zweifel das ganze Sachverhältnis. Nur wenn der Prätor die Sache besonders dazu angetan fand, gab er also die dingliche Klage. Nachdem sich die Klage eingebürgert hatte, erschien der Zweck besonderer causae cognitio zweifelhaft. Jetzt bezog man sie einzig auf die Frage, ob das Verhältnis für eine so lange Zeit begründet sei, daß eine besondere dingliche Klage erforderlich schien, l. 1 § 3 D. h. t. 43, 18.

Nachteile im Gefolge hat. Man sah jetzt hierüber hinweg, um Unbemittelten den dauernden Besitz von Wohngebäuden zu verschaffen.

Altherkömmlicherweise verpachteten ferner[5] Gemeinden und Priesterschaften an kleine Leute landwirtschaftliche Grundstücke, hauptsächlich Rottländereien — agri vectigales — für immer oder für lange Zeit vererblich gegen einen jährlichen Zins.[6] In den Provinzen tat auch der Staat Grundstücke zu Erbpacht aus.[7] Die Magistrate gewährten auch solchen Erbpächtern eine actio in rem utilis gegen jeden Besitzer und erkannte ihnen damit ein dingliches Recht zu.[8] Nunmehr entstand die Kontroverse, ob solche Geschäfte Kauf oder Pacht seien.[9] Waren sie Pacht, so hatte der Erbpächter in Fällen der zufälligen Verminderung des Vektigalgrundstückes, ja selbst bei außergewöhnlichem Mißwachse Anspruch auf Nachlaß vom Pachtzinse.[10] Behandelte man das Geschäft als Kauf, so traf den Bebauer als Käufer alle Gefahr.

Verwandter Art war die in Griechenland seit alters übliche Emphyteuse d. h. Erbverpachtung behufs Anpflanzung von Baumgärten und Weinbergen.[11] Sie wurde bei kaiserlichen Domanialgrundstücken — agri patrimoniales — häufig. Allmählich verschmolzen Vektigalrecht und Emphyteuse zu einem Rechtsinstitute.[12] Auch Kirchen gaben in der christlichen Kaiserzeit ihre Güter oft zur Emphyteuse.

---

5) Über die Geschichte der Emphyteuse vgl. Vuy. de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum, Heidelberg 1838, Mitteis, zur Geschichte der Erbpacht 1901. Dort S. 3 Anm. 1 siehe weitere Literatur. Vgl. auch Mitteis, Zeitschr. der Savignystiftung Bd. 22 S. 151, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 147 S. 1268.

6) In der l. 1 D. si ager vectigalis 6, 3 geht Paulus durchweg davon aus, daß die agri vectigales Grundstücke der Gemeinden seien. Auch Gaj. Inst. III § 145 versteht unter derartigen Grundstücken nur praedia municipum. Vgl. hierzu Hygin. p. 116: virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim. Begründung eines Vektigalverhältnisses durch Private war zwar schwerlich rechtlich unzulässig, kam aber tatsächlich kaum vor; vgl. Mitteis a. a. O. S. 23 Anm. 1, Karlowa S. 1269.

7) Mitteis a. a. O. S. 18.

8) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3, vgl. Lenel, edictum S. 146.

9) Gaj. Inst. III § 145.

10) Insbesondere verteidigte Papinian die Remission am Zins beim Mißwachs der Vektigalgrundstücke, l. 15 § 4 D. locati 19, 2. Viele beziehen Papinians Äußerung auf „Zollpachtungen", so Vangerow Bd. 1 § 359, Windscheid Bd. 1 § 220, Anm. 7. Dies stimmt nicht mit dem Zusammenhange seiner Ausführung; siehe Pernice a. a. O. S. 86.

11) Dittenberger, de inscriptione Thisbensi ad emphyteuseos jus spectante: zum Lektionskatalog von Halle 1891/92, Mitteis S. 6, der nachweist, daß auch in Griechenland bebautes Land zur Erbpacht gegeben worden ist.

12) In der l. 15 § 1 D. qui satisdare cog. 2, 8 wird dem Macer in den Mund gelegt: sed et qui vectigalem id est emphyteuticum agrum possidet. Offenbar ist dies Interpolation. Sie beweist aber, daß das justinianische Gesetzbuch Emphyteuse und Vektigalrecht gleichstellte. Dies geht auch aus der Überschrift des Pandektentitels 6, 3 hervor: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. Mit

Der alte Streit über die Natur des Erbzinsvertrages wurde von Kaiser Zeno geschlichtet. Es soll nicht Pacht und nicht Kauf sein, sondern ein eigener emphyteutischer Vertrag. Die wichtigste praktische Frage, welche sich an den Streit knüpfte, wurde dabei zu Ungunsten des Bebauers entschieden. Es soll eine Reduktion des Zinses bei zufälliger Verminderung oder Verschlechterung der Emphyteuse nicht mehr eintreten.[13] Der Billigkeit und wahren Gerechtigkeit entspricht dies schwerlich.

Superfiziar und Emphyteuta nahmen im wirtschaftlichen und sozialen Leben eine dem Grundeigentümer ähnliche Stelle ein. Dies machte sich auch bei der Ausbildung ihrer Rechte geltend. Man verwertete für sie die Analogie des Eigentums, soweit dies mit dem Grundcharakter dieser Institute als weitausgedehnter Nutzungsrechte vereinbar war. Gleichwohl bilden sie nur dingliche Rechte an fremden Sachen. Eigentümer ist der Grundherr. Sein Recht ist das fundamentale, auf die Totalherrschaft angelegte. Daher konsolidiert es sich von Rechts wegen, wenn Superfizies oder Emphyteusis erlöschen.

Lange Zeit hindurch nahm die Theorie der Neueren bei der Emphyteusis, der Superfizies und bei dem Lehen eine Teilung des Eigentumes an. Dem Nutzungsberechtigten schrieb man nutzbares Eigentum oder Untereigentum — dominium utile —, dem Grundherrn Obereigentum — dominium directum — zu. Heutzutage aber verwirft man die Lehre vom geteilten Eigentume.[14] Sie ist mit

---

Grund spricht sich Lenel, edictum S. 146, gegen Rudorff aus, welcher hier Worte des Edittes findet. Die Ausbildung des emphyteutischen Rechtes geschah erst nach Hadrian, seine Identifizierung mit dem Vektigalrechte erfolgte Jahrhunderte später.

13) l. 1 C. de emphyteutico jure 4, 66. Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.: Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum a. 476—484.

14) Der Ausdruck dominium utile stammt von den Glossatoren her. Diese sprechen überall von einem dominium utile in dem Sinne, wie nach den Quellen eine utilis rei vindicatio besteht, vgl. Landsberg, Glosse des Accursius S. 97. Das dominium utile umfaßte hiernach ganz verschiedene Fälle — auch die oben § 225 Anm. 4 ff. besprochenen —, eine gemeinsame Idee lag ihm offenbar nicht zu Grunde. Später identifizierte man aber das dominium utile mit nutzbarem Eigentume. Damit beschränkte man den Begriff auf das Recht des Emphyteuta, Superfiziars,

dem römischen Eigentumsbegriffe unvereinbar. Nach diesem ist Eigentümer, wessen Recht auf die Gesamtherrschaft über die Sache geht, wer also alle Befugnisse hat, die nicht besonders anderen verliehen sind. Diese Stellung hat nur der Grundherr, nicht der Superfiziar[15] oder Emphyteuta.[16]

§ 259. Superfizies.[1]

I. Superfiziarrecht — Platzrecht, Erbbaurecht — ist das **vererbliche und veräußerliche dingliche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd auf fremdem Boden zu haben.** Dies Recht hat im gemeinen Rechte einen weiteren Tatbestand als in Rom.

Denn die Römer kannten Superfiziarrechte nicht ohne Bodenzins — solarium[2] —; gemeinrechtlich ist ein Bodenzins nichts Wesentliches.[3]

Vasallen und ähnlicher Nutzungsberechtigter. Nunmehr kam der Gedanke der Teilung des Eigentums auf. Man unterstellte, daß die in dem Eigentume begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Eigentümern zukämen. Wer nur die Proprietät, d. h. die Verfügung über die Substanz habe, galt als Obereigentümer, wer einige Rechte der Proprietät und zugleich die Nutzung der Sache habe, als nutzbarer Eigentümer. Gegen diese Theorie trat vor allem Thibaut auf: Versuche Bd. 2 Abh. 3 und Abhandlungen n. 11. Seine Ausführungen hatten durchschlagenden Erfolg.

15) l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 49 D. de V. S. 50, 16.

16) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3. „quamvis non efficiantur domini", l. 3 § 4 D. de rebus eorum 27, 9, l. 71 §§ 5 und 6 D. de legatis 1, l. 10 D. fam. erc. 10, 2. In l. 12 C. de fundis patrimonialibus 11, 62 heißt es freilich von dem Emphyteuta „cum fundorum sint domini". Dies ist nicht wörtlich zu nehmen; es sollte die eigentumsgleiche wirtschaftliche Stellung emphatisch betont werden. Die Erklärung Thibauts, Abhandlungen S. 274, 281, daß hier von einem besonderen Falle gesprochen werde, in welchem der Bebauer zu seinem jus in re das Eigentum erwarb, ist schwerlich zutreffend.

1) Tit. Dig. de superficiebus 43, 18; Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867; Wächter, Platzrecht in den Programmen der Leipziger Juristenfakultät und in 2. Ausgabe in der Sammlung von Abhandlungen dieser Fakultät 1868; A. Schmidt, das Recht d. Superfizies, in d. Savignyzeitschrift Bd. 11 S. 121; Coviello la superficie im archivio giuridico Bd. 49 S. 3; Lucci das. Bd. 52 S. 251 und die bei Wächter und Coviello Angeführten. Vgl. B.G.B. §§ 1012 ff.: „Erbbaurecht", Bürg. R. Bd. 3 § 162 S. 464.

2) Degenkolb a. a. O. S. 29. Das i. de superficiebus l. 1 pr. D. h. t. — abgedruckt oben § 258 Anm. 3 — forderte Überlassung des Baurechtes „ex lege locationis sive conductionis". Wenn Ulpian bei Besprechung der Klagen des Superfiziars in der l. 1 § 1 D. h. t. äußert: „si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest", so denkt er unseres Erachtens nicht an verschiedene Verträge, sondern an die verschiedene Auffassung, welche der Normalvertrag bei den Juristen der klassischen Zeit fand, indem er von einigen als Miete, von anderen als Kauf charakterisiert wurde, vgl. Gaj. Inst. III § 145. Daher konnte Gaj. libro 25 ad edictum provinciale l. 2 D. h. t. definieren: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt. Ähnlich Paulus in der l. 74 D. de rei vind. 6, 1; vgl. ferner l. 17 D. de pign. a. 13, 7, l. 15 D. pui qot. 20, 4, l. 39 § 2 D. de damno infecto 39, 2, l. 2 § 17 D. ne quid in loco publico 43, 8. Offenbar kannte man hiernach nur zinsbare Superfiziar-

In Rom galt ferner als selbstverständlich, daß der Superfiziar das Gebäude auf dem fremden Boden seinerseits errichte;[4] nach gemeinem Rechte ist Begründung einer Superfizies an einem bestehenden Gebäude oder auch an einem Stockwerke desselben zulässig.[5] Endlich kennen die Römer Superfiziarrechte nur für Gebäude; gemeinrechtlich finden sie sich auch für andere Anlagen, z. B. für Bäume, Wälder,[6] Eisenbahnen.

II. Die Quellen regelten die Verhältnisse der Superfizies nur unvollständig; die Lücke ist durch Schlüsse aus dem Wesen des Institutes auszufüllen. Die Analogie des Eigentums kommt hierbei vorzugsweise in Betracht.[7]

1. Zur Begründung von Superfiziarrechten genügt hiernach bloßer Vertrag nicht, vielmehr ist Tradition erforderlich.[8] Auch durch Vermächtnis kann zweifellos eine Superfizies verliehen werden.[9] Endlich ist Ersitzung nicht zu entbehren, und praktisch anerkannt. Wo blieben sonst altbegründete Superfiziarrechte, deren Titel im Laufe der Zeiten verschollen sind? Die Analogie der Eigentumsersitzung bestimmt das einzelne. Fundamentale Voraussetzung ist natürlich Besitz des superfiziarischen Rechtes.[10]

---

rechte. Die l. 32 § 5 D. de jure dotium 23, 3 steht nicht entgegen. Sie handelt vom Verkauf eines Hauses auf Abbruch, Degenkolb a. a. O. S. 38. Vgl. Pernice, Parerga II a. a. O. S. 90 Anm. 1, Schmidt a. a. O. S. 152.

3) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145. Auch B.G.B. sieht von einem Bodenzins ab.

4) So Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 484; Brinz, Pand. Bd. 1 S. 807; Pernice, Parerga a. a. O. S. 90 Anm. 1, anders Wächter a. a. O. S. 76. Vgl. die Inschrift des Adrast, Bruns fontes ed. VI. p. 303: Exemplario litterarum . . . quibus ei permissum sit aedificare loco cannabae a solo aedificium juris sui pecunia sua praestaturus solarium sicut ceteri.¶

5) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145, Bd. 31 S. 170. Siehe auch Friedr. Ackermann, über Stockwerkseigentum. Gött. Inaug.-Diss. 1891. B.G.B. § 1014: „Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Grundstücks, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig" bezieht sich nur auf Erbbaurechte, die nach Inkrafttreten des B.G.B. begründet werden. Vgl. auch Einf.G. Art. 182.

6) Wächter a. a. O. S. 54. Eine Superfizies ist auch in Gestalt eines Kellers möglich. Denn auch der Keller ruht auf dem Grund und Boden; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 152, Wächter a. a. O. S. 53. Nach B.G.B. muß es sich jedenfalls um ein Bauwerk handeln.

7) Vgl. oben § 258 am Ende, B.G.B. § 1017.

8) Tradition ist nach l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18 die Form für die Übertragung einer bestehenden Superfizies. Die Konsequenz verlangt, daß man sie auch für die Neubegründung fordert. Windscheid ist anderer Ansicht Bd. 1 § 223 Anm. 12 und 15, aber mit Recht erklärt sich gegen ihn Lenel in Iherings Jahrbüch. Bd. 19 S. 191. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 194. B.G.B. § 1015 fordert Erklärung der Einigung des Eigentümers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt, und Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuche. Nach G.B.O. § 7 ist auf Antrag für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen; die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

9) Vgl. Arndts, gesammelte Schriften Bd. 1 S. 233. Nach B.G.B. kann durch

2. Der Erwerb der bestehenden Superfizies geschieht, entsprechend der Begründung einer noch nicht bestehenden, durch Tradition,[11] Vermächtnis, Ersitzung.

3. Ob der Superfiziar Sachbesitz habe oder für den Grundherrn detiniere und bloßer Rechtsbesitzer sei, ist bestritten. Nirgends ist aber ausgesprochen, daß der Grundherr Besitz der superfiziarischen Grundstücke behalte. Dies liefe in der Tat auf eine bloße Fiktion hinaus. Der Superfiziar ist vielmehr als der Sachbesitzer anzusehen.[12] Als Besitzer hat der Superfiziar die possessorischen Klagen. Ihm stehen ferner die petitorischen Rechtsmittel wie dem Eigentümer zu, also namentlich Vindikation, konfessorische und negatorische Klagen.

4. Der Superfiziar kann sein Recht veräußern, aber auch die Sache verpfänden,[13] mit Lasten beschweren,[14] unvorgreiflich der Rechte des Grundherrn. Er hat das unbeschränkte Dispositionsrecht über das Gebäude. Nach dessen Abbruch gehören ihm die Baumaterialien.[15] Erhaltung oder Wiederherstellung des Gebäudes liegt ihm an sich nicht ob; sie kann ihm aber aufgelegt sein. Insbesondere ist, wer eine Superfizies an einem Teil eines Hauses, z. B. an einem Keller, einem Stockwerke hat, gegenüber dem Eigentümer, sowie den Superfiziarien anderer Teile zur Erhaltung seines Gebäudeteiles verpflichtet. Dies ist eine aus seinem eigenartigen Rechte notwendig fließende Belastung.

5. Der Grundzins, welchen der Superfiziar dem Grundherrn zu leisten hat, gleicht einer Reallast. Er verpflichtet jeden Besitzer der Superfizies zur Zahlung der während seiner Besitzzeit fälligen Prästa-

---

Vermächtnis nur ein obligatorisches Recht auf Einräumung eines Erbbaurechtes begründet werden.

10) R.G. Bd. 7 S. 146. Auch publizianische Superfiziarrechte sind möglich, insbesondere im Falle gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigentümer. B.G.B. § 900 Abs. 2 kennt nur die Tabularersitzung.

11) l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18. Vgl. B.G.B. § 1017.

12) Vgl. oben § 173 Anm. 3. Gegen den juristischen Besitz des Superfiziars erklären sich Degenkolb a. a. O. S. 92, Wächter a. a. O. S. 45. Vor allem ist Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 S. 367 ff. und in den gesammelten Schriften Bd. 1 S. 277 zu vergleichen. Doch auch seine Gründe sind nicht schlagend. Man mag nach heutigem Rechte dem Grundherrn Besitz seines Rechtes gegenüber dem Emphyteuta zuschreiben. Dies entspricht dem realen Verhältnisse und gibt den Schlüssel zur Lösung von Schwierigkeiten, die Arndts hervorhebt. Aber Besitzer der Sache ist er nicht.

13) l. 1 § 6 D. h. t. 43, 18, l. 16 § 2 D. de pign. a. 13, 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20, 4. Der Superfiziar verpfändet nach römischer Auffassung die Sache — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 218 ff. —, nicht bloß sein Platzrecht. — Wächter a. a. O.

14) l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4; siehe oben § 251 Anm. 4.

15) Wächter a. a. O. S. 39.

tionen und verbindet ihn zur Leistung der Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer.[16]

6. Der Superfiziar hat die öffentlichen Abgaben zu entrichten.[17]

7. Die Superfizies erlischt, wenn die bei ihrer Begründung gesteckte Zeit abgelaufen ist, ferner wenn eine Verfallsklausel zugefügt ist, deren Fall, z. B. mehrjährige Nichtzahlung des Bodenzinses eintritt, sofern der Grundherr sich für die Verwirkung erklärt.[18 19] Auch Dereliktion beendigt die Superfizies.[20] Endlich ist erlöschende Verjährung möglich. Man hat sie nach Analogie derjenigen des Pfandrechtes zu behandeln.[21]

§ 260. Emphyteusis.[1]

I. Emphyteusen sind dingliche Erbpachtrechte, welche auf dem Grunde des römischen gesetzlichen Normalstatutes über die Rechte und Pflichten des Emphyteuta beruhen. Im römischen Rechte waren — von der Superfizies abgesehen — dingliche Erbpachtrechte nur in der Form der Emphyteuse möglich. In Deutschland bestanden seit alters Erbzinsgüter verschiedener Art. Sie sind nach den Verträgen, nach ihrem Herkommen und nach lokalen Rechtsnormen zu beurteilen. Der Theorie der römischen Emphyteuse unterliegen sie nur, wenn sie als solche gewollt waren.[2] Dies ist nicht

16) Wie die Römer die Verpflichtung des Superfiziars und Emphyteutas zur Zahlung des Zinses rechtlich konstruierten, ist streitig. Der erste Erbzinsmann willigte für sich und seine Erben in die lex locationis ausdrücklich; sie hafteten also infolge der actio locati — l. 1 § 1 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 ff. D. si ager vectigalis 6, 3; Singularsuccessoren unterwarfen sich der lex locationis stillschweigend. Und zwar galt es als Vertragsrecht, daß sie auch die Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer übernahmen, arg. l. 7 D. de publicanis 39, 4, l. 39 § 5 D. de leg. I. Ohne Zweifel war für die Ausbildung dieser Rechtssätze die Behandlung der öffentlichen Abgaben Vorbild, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 352; Pernice, Parerga a. a. O. S. 88. Immerhin mußte es möglich sein, sie nach privatrechtlichen Kategorien zurechtzulegen. — Im gemeinen Rechte sind die Verbindlichkeiten zur Zinszahlung einfach als reallastähnliche, den jeweiligen Besitzer verpflichtende und zugleich auf der Sache lastende zu behandeln.

17) Nach Analogie der Emphyteusis und des Ususfruktus, Windscheid Bd. 1 § 223 Anm. 10.

18) Gesetzliche Fälle der Verwirkung, wie bei der Emphyteusis, gibt es bei der Superfizies nicht: vgl. Wächter a. a. O. S. 108.

19) Untergang der belasteten Sache beendigt die Superfizies. Untergang des Hauses beendigt sie in der Regel nicht, da sie in dem Rechte besteht, auf fremdem Boden ein Haus zu haben und zu behalten. Auch nach B.G.B. § 1016 erlischt das Erbbaurecht nicht durch Untergang des Bauwerks.

20) Vgl. Wächter a. a. O. S. 120, siehe auch unten § 260 Anm. 25, B.G.B. § 875.

21) Vgl. Wächter a. a. O. S. 109.

1) Vgl. vorzugsweise Arndts, gesammelte ziviliſtische Schriften Bd. 1 S. 210 ff., Perna l'enfiteusi nel diritto antico e moderno 1892 cap. I. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 63 läßt die landesgesetzl. Vorschriften über das Erbpachtrecht unberührt.

2) Im deutschen Mittelalter erhielten die Bauern vielfach von den Gutsherren

häufig, kommt aber vor. Namentlich finden sich hie und da kirchliche Emphyteusen,[3] d. h. solche, deren Grundherren Kirchen oder kirchliche Institute sind.

Die römische Emphyteuse entwickelte sich bei landwirtschaftlichen Grundstücken, ist aber auch an anderen Immobilien und selbst bei Gebäuden möglich geworden.[4]

II. Die Begründung neuer Emphyteusen, wie auch der Erwerb bestehender geschieht wie bei der Superfizies durch Tradition,[5] Vermächtnis, Ersitzung.[6] Für die Begründung kirchlicher Emphyteusen durch Vertrag bedarf es der Schriftlichkeit. Abweichungen von den gesetzlichen Normen müssen auch bei weltlichen Emphyteusen schriftlich vereinbart sein.[7][8]

Der Emphyteuta hat das Recht auf den Sachbesitz und infolgedessen die possessorischen Rechtsmittel.[9] Auch petitorische Klagen stehen ihm in der Weise eines Eigentümers zu.[10] Er kann veräußern, verpfänden und dingliche Lasten auf die Sache legen, unbeschadet der Rechte des Grundherrn.[11]

Bauerngüter zu erblichem Nutzungsrechte, und zwar unter mancherlei Namen und vielfach verschiedenen rechtlichen Bedingungen; vgl. Stobbe-Lehmann, deutsches P.R. Bd. 2 § 189. Sie unter die Normen der römischen Emphyteusen zu spannen, wie die romanistisch gebildeten Juristen früher zeitweise taten, hat man mit Recht längst aufgegeben. Aber auch das hat keinen Grund, wie Windscheid Bd. 1 § 218 versucht, erbliche Nutzungsrechte an „fruchttragenden Grundstücken" dann nach den Grundsätzen der römischen Emphyteuse zu behandeln, wenn partikularrechtlich am Begründungsorte kein deutschrechtliches Erbzinsrecht besteht. Zur Anwendung dieser Grundsätze ist vielmehr erforderlich, daß eine „Emphyteuse" gewollt war. Vgl. R.G. Bd. 15 S. 184.

3) Arndts, Pand. § 195 Anm. 4.

4) Arndts, ges. Schriften Bd. 1 S. 215. Die l. 15 § 26 D. de damno infecto 39, 2 bezieht sich wohl auf eine Superfizies, bei der auch vectigal scil. solarium üblich war. Anders jedoch steht es mit nov. 7 cap. 3 § 2 und nov. 120 cap. 1 § 2.

5) In den Quellen wird von der Notwendigkeit der Tradition nichts gesagt. Viele halten daher den Vertrag zur Begründung der Emphyteuse für ausreichend; vgl. Windscheid Bd. 1 § 221 Anm. 3 und dort Zitierte. Aber die Analogie der Superfizies spricht hiergegen. — Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigentümer gibt publizianisches emphyteutisches Recht, l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2. Nach Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 63 finden auf das Erbpachtrecht die Vorschriften des § 1017 B.G.B. entsprechende Anwendung.

6) In l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2 wird die Möglichkeit der usucapio von Vektigalgrundstücken geleugnet. Dies beweist aber nichts gegen die Zulassung der longi temporis praescriptio und der justinianischen Ersitzung. Jedenfalls ist Herkommen und Praxis für die Ersitzung der Emphyteusen, vgl. Arndts, ges. Schriften S. 235. Anderer Ansicht Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen n. 5 S. 127.

7) Dies ist die gemeine Meinung, welche sich auf nov. 120 cap. 6 § 2 stützt. Glück Bd. 8 S. 462; Arndts, Schriften S. 232.

8) l. 1 C. de emph. jure 4. 66, abgedruckt oben § 258 Anm. 13, l. 2 pr. C. eod.

9) Die Streitfrage ist dieselbe wie bei der Superfizies, vgl. oben § 259 Anm. 12.

10) l. 16 D. de serv. 8, 1.

Das Nutzungsrecht des Emphyteuta ist ein ausgedehntes. Er gewinnt die Früchte mit ihrer Separation, nicht wie der Nießbraucher erst durch Perzeption.[12] Auch gebühren ihm nicht bloß Früchte im eigentlichen Sinne, sondern auch andere Erträgnisse der Sache, z. B. Windbrüche. Aber die dem Eigentume accedierende Hälfte des im emphyteutischen Grundstücke gefundenen Schatzes gehört nicht dem Emphyteuta, sondern dem Grundherrn.[13]

Dem Emphyteuta liegen Verpflichtungen gegen den Grundherrn ob. Gröbere Verletzungen derselben begründen Verwirkung der Emphyteuse — s. g. Privation —, ohne daß der Emphyteuta Ersatz seiner Meliorationen erhält.[14]

1. Der Emphyteuta hat die Emphyteuse im Stande zu halten und darf sie nicht verschlechtern.[15]

Deteriorationen ermächtigen den Grundherrn zur Privation.[16] Natürlich müssen sie schuldhaft und erheblich sein.

2. Der Emphyteuta ist ferner zur Entrichtung eines jährlichen Zinses verpflichtet.[17] Er hat diesen dem Grundherrn an den Fälligkeitsterminen unaufgefordert zu bringen.[18 19] Partielle Zerstörung oder Verminderung der Emphyteuse gibt keinen Anspruch auf Minderung des Zinses.[20]

Der Emphyteuta hat auch die öffentlichen Abgaben zu berichtigen.

Wenn der Emphyteuta 3 Jahre lang dem Grundherrn den Zins und dem Staate die öffentlichen Abgaben nicht geleistet hat, so unterliegt er der Privation.[21] Bei kirchlichen Emphyteusen ist zweijährige Nichtentrichtung des Zinses Privationsfall.[22]

---

11) Vgl. l. 31 D. de pignoribus 20, 1. Über das einzelne siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 221 und die bei Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. Zitierten.

12) 25 § 1 D. de usuris 22, 1.

13) Es ist dies derzeit herrschende Meinung; vgl. Arndts, Schriften Bd. 1 S. 216, Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. 3. Doch ist die Frage eine bestrittene.

14) Vgl. l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66, nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

15) l. nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

16) Die Quellen heben dies nur für kirchliche Emphyteusen hervor, nov. 120 cap. 8, cap. 3 X. de locato 3, 18. Allein es liegt hierin ein allgemeiner Rechtssatz, welcher im Mietrechte wurzelte, l. 3 C. de locato 4, 65. Über Kompensation von Verschlechterungen und Verbesserungen siehe Thibaut, Versuche Bd. 2 n. 2.

17) Der Zins wird vectigal, pensio, reditus und canon — l. 3 § 3 C. h. t. 4, 66 — genannt.

18) l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66.

19) Vgl. oben § 259 Anm. 16.

20) l. 1 C. h. t., abgedruckt oben § 258 Anm. 13. Über l. 15 § 4 D. locati 19, 2 siehe oben § 258 Anm. 10.

21) l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66.

22) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

3. Der Emphyteuta ist endlich verbunden, dem Grundherrn die Veräußerung der Emphyteuse und die Bedingungen des Veräußerungsvertrages anzuzeigen.

Der Grundherr hat dann ein alternatives Recht. Er kann entweder 2 % des Verkaufspreises oder bei Veräußerungen, die nicht auf Verkauf beruhen, des Wertes der Emphyteuse fordern oder binnen 2 Monaten ein Vorkaufsrecht geltend machen, mittels dessen er in das Kaufgeschäft eintritt und sein Eigentum konsolidiert.

Nichtanzeige oder unredliche Anzeige, insbesondere falsche Angabe des Kaufpreises, ist mit Verlust der Emphyteuse bedroht.[23]

Das Recht der Privation ist dem Grundherrn erworben, sowie ihr Fall eingetreten ist. Es hängt von seiner Entschließung ab, ob er von ihm Gebrauch machen will. Nach römischem Rechte kann der Emphyteuta den Verlust nicht mehr dadurch abwenden, daß er nach Eintritt des Falles seine Verpflichtungen erfüllt, daß er namentlich die schuldigen Abgaben noch leistet. Gemäß des kanonischen Rechtes[24] aber erhält er sich die Emphyteuse durch nachträgliches Angebot vollständiger Leistung, solange der Grundherr ihm die Einziehung noch nicht angezeigt hat.

Die Emphyteuse endigt durch Dereliktion seitens des Emphyteuta,[25] ferner durch erlöschende Verjährung.[26]

---

23) l. 3 C. de emphyt. jure 4, 66.

24) cap. 4 X. de locato 3, 18 verb. „si sibi satisfactione celeri non providit". Andere behaupten, daß die Mora bis zur Erhebung der Exmissionsklage noch purgiert werden könne, vgl. Arndts, Schriften S. 245 Anm. 159; Segré i. d. studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini 1892 S. 305 ff. über den Zeitpunkt der Privation und die anzustellende Klage.

25) Dies ist die in der Praxis herrschende Meinung, Glück Bd. 8 S. 532 Anm. 9. Sie ist auch die richtige. Es spricht hierfür die Analogie des Eigentums und des Nießbrauches. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 3.

26) Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 4. Natürlich geht die Emphyteusis auch unter durch Untergang der Sache, durch Ausscheiden derselben aus dem Verkehr und durch Konsolidation, wenn sie sich mit dem Eigentume vereinigt.

Fünfter Abschnitt.

Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel.

Wesen und Geschichte.

§ 261. Begriff des Pfandrechtes.[1]

1. Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Man entnimmt Darlehen, borgt in hundert Formen, kauft auf Kredit. Der Gläubiger gewährt ihn ohne Sicherstellung in der Regel nur Personen, deren Zahlungsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und nur auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit gibt er Kredit nicht leicht auf bloße Handschrift — chirographarisch —, verlangt vielmehr Deckung durch Pfand, gewährt nur Realkredit.

2. Zu unterscheiden ist Pfandrecht im weiteren und im engeren Sinne Im weiteren Sinne ist es ein unwandelbares Recht an einem Vermögensobjekte, aus welchem man im Falle nicht rechtzeitiger Abzahlung einer Forderung Befriedigung entnehmen kann. In diesem Sinne ist es nicht an eine einzelne Rechtsform gebunden, nimmt vielmehr verschiedene Gestaltungen an. Es kann durch Übertragung des Eigentumes, wie durch Bewilligung eines dinglichen Rechtes an fremden Sachen begründet werden. Nicht bloß körperliche Sachen dienen ihm, vielmehr zieht es alle verkäuflichen Vermögensobjekte in seinen Kreis, insbesondere Forderungen und Servituten.

Drei Dinge charakterisieren es vorzugsweise, einmal sein Ziel, die Sicherung einer Forderung, zweitens sein Mittel, das Recht der Ver-

---

1) Vom Pfandrechte handelt das 20. Buch der Digesten Justinians. Der römische Hauptschriftsteller war Marcianus ad formulam hypothecariam. — Eine ausführliche Bearbeitung gibt H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes 2 Bde. 1860 und 1864. Ältere dogmatische Bearbeitungen sind Gesterding, Pfandrecht 1816, 2. Aufl. 1831, und Sintenis, Pfandrecht 1836. Historische Zwecke verfolgt Bachofen, das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847. — Eine Exegese des ersten Titels des 20. Buches der Digesten hat Bethmann-Hollweg unternommen unter dem Titel: das 20. Buch der Pandekten 1877. Die Prinzipien des Pfandrechtes untersuchen vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus 1864; Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte 1867; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes 1863; Pfaff, zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 41 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882, Ernst Demelius, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht, 1897. — Über das deutsche Pfandrecht vgl. Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867, Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 10 ff., Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes 1899.

wertung des Pfandobjektes zu diesem Behufe, und drittens die Konstanz und Unwandelbarkeit dieses Mittels, so daß es als wahre Sicherheit erscheint.

Im besonderen und eigentlichen Sinne bezeichnen wir als Pfandrecht das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt.

Diese Verpfändungsweise ist die gewöhnlichste. In ihr hat die Idee des Pfandrechtes ihren vollkommensten Ausdruck gefunden. Denn dem Gläubiger werden keine anderen Rechte übertragen als solche, die den Zweck der Beitreibung seiner Forderung haben; hierzu dient ihm das Recht des Pfandverkaufes, und dieses Recht ist ihm vollkommen gewährleistet, da es als dingliches Recht die Sache unmittelbar und dauernd ergreift und jedes Eigentumswechsels ungeachtet bleibt.[2]

3. Als Sicherstellung ist das Pfandrecht der Bürgschaft verwandt, bei welcher sich ein Nebenschuldner — der Bürge — für die Schuld eines anderen obligiert.[3] Den Römern erschien die Bürgschaft als das bessere Sicherheitsmittel, denn sie fügt der materiellen eine moralische Gewähr hinzu, da unzuverlässige Personen nicht leicht gute Bürgen finden.[4] Im neueren Rechte gilt das Pfandrecht als das bessere Kreditmittel, denn es hat den Vorzug größerer Unerschütterlichkeit und Durchsichtigkeit.[5 6]

2) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 96. Neuere Schriftsteller verwerfen meist die Unterscheidung des Pfandrechtes im engeren und im weiteren Sinne. Der Begriff des Pfandrechtes soll ein einheitlicher sein. Damit sucht man, wie wir fürchten, die Quadratur des Zirkels. Sohm, subpignus, behauptet, das Pfandrecht habe zwar einheitlichen Inhalt, aber verschiedene Formen; danach ist kein sachlicher Streit zwischen uns. Bremer a. a. O. glaubt die Einheit des Pfandrechtes dadurch zu schaffen, daß er jedes Pfandrecht als Recht am Rechte charakterisiert. Wer also ein Grundstück verhypothekiert, tut dies nur scheinbar, er verpfändet in Wahrheit sein „Eigentumsrecht" an dem Grundstücke. Dies ist gesucht und überkünstlich. Exner a. a. O. — S. 189 — führt aus, daß alles Pfandrecht mit unmittelbar dinglicher, wenngleich verschieden gespannter und möglicherweise latenter Kraft körperliche Sachen ergreife; auch das Pfandrecht an Forderungen gebe dem Gläubiger dingliches Recht, nämlich an der geschuldeten Sache; die persönliche Klage des Forderungsgläubigers bezwecke nur, dies Recht zur Perfektion zu bringen, indem sie dessen Objekt aus dem Vermögen des Drittschuldners in das des Verpfänders hinüberschaffe, in dieser Funktion vergleichbar einer actio ad exhibendum. So scharfsinnig diese Deduktion erscheint, so kann sie gleichwohl nicht überzeugen; auch sie ist zu künstlich und verdunkelt die Verschiedenheiten zwischen den verschiedenen Verpfändungsweisen. Wieder anders Pfaff in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 73. Vgl. noch Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 7 und Arndts § 364 Anm. 4.

3) Siehe über das Verhältnis von Pfandrecht und Bürgschaft Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 1 ff.

4) Die praetoriae stipulationes insbesondere — vgl. oben § 167 — verlangten Bürgen; Pfandbestellung genügte nicht, l. 7 D. de stip. praet. 46, 5.

4. Das Pfandrecht und die Bürgschaft sind accessorische Rechte, d. h. sie sind einer persönlichen Forderung zu liebe da, und erlöschen notwendig mit deren Untergang. Dies ist die herrschende Meinung.[7] In neuerer Zeit hat jedoch dieselbe zahlreiche und gewichtige Gegner gefunden, welche die Verbindung des Pfandrechtes mit einer persönlichen Forderung für nichts Wesentliches erachten.[8]

In der Tat handelt es sich hierbei um einen tiefgehenden Gegensatz zwischen römischen und deutschen Auffassungen.

Im deutschen Recht bildete sich nicht bloß Personalkredit aus, sondern auch wahrer Realkredit. Realkredit aber heißt: man traut dem Grundstück, man leiht Kapital, um eventuell aus ihm seine Befriedigung zu holen. Daneben ist eine persönliche Verpflichtung des Grundbesitzers wohl möglich, ja häufig, aber sie ist etwas Accessorisches und nichts Wesentliches.[9] Bei den Römern dagegen bestand im Grunde nur Personalkredit, welchem durch die Hypothek Verstärkung und ein Vorrecht erteilt wurde. Damit ist von selbst gegeben, daß die römische Hypothek nichts als Zubehör einer persönlichen Forderung gegen den Schuldner ist, und daß sie mit ihr steht und fällt.[10]

5. Das römische Pfandrecht hat zwei Unterarten:

a) pignus (Faustpfand), das mittels Aushändigung der Pfandsache an den Gläubiger begründete Pfandrecht[11] und

---

5) Insbesondere sind die Prozeßkautionen nach der C.P.O. § 108 durch Hinterlegung in barem Gelde oder in Wertpapieren zu bestellen. Auch B.G.B. fordert prinzipiell Realsicherheit, nur in Ermangelung derselben Sicherheit durch taugliche, d. h. hinlänglich vermögende Bürgen, vgl. §§ 232 ff.

6) Schon Pomponius libro 11 ad Sabinum — l. 25 D. de R. J. 50, 17 — äußert: plus cautionis in re est quam in persona.

7) Vgl. l. 43 D. de solut. 46, 3. Ulpianus libro 2 regularum: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora.

8) Brinz, Pand. Bd. 2 Aufl. 2 S. 839 ff. nimmt an, daß zwar nach römischem Rechte kein Pfandrecht ohne persönliche Obligation entstehe, daß aber der Fortbestand dieses letzteren nicht mehr von dem der persönlichen Obligation, sondern einzig von Leistung und Nichtleistung, Befriedigung und Nichtbefriedigung als seiner Bedingung abhängig sei. Ähnlich Windscheid Bd. 1 § 225 Ziffer 2 und viele andere. Der scharfe Gegensatz zu der — oben Anm. 7 angeführten — regula des Ulpian bleibt hierbei ungelöst. Vgl. auch Demelius a. a. O. S. 104.

9) Dernburg, Preuß. Hyp.Recht Abt. 2 S. 2 ff. in der Sammlung der deutschen Hypothekenrechte von Meibom VIII. Über das Recht des B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 3 S. 578 ff.

10) Pfandbestellung ist keine Schenkung an den Gläubiger, weil sie dessen Ansprüche sichert, nicht sein Vermögen vergrößert, l. 1 § 19 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, ebensowenig bildet der Erlaß eines Pfandrechts eine wahre Schenkung, da der Gläubiger sein Forderungsrecht behält und nur eine Sicherung aufgibt, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 20.

11) l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: Proprie

b) hypotheca, das ohne sofortige Aushändigung an den Gläubiger bestellte Pfandrecht.

Ihrem Wesen nach sind beide Arten in Rom nicht verschieden, denn beide gewähren das Verkaufsrecht, beide die dingliche Pfandklage.[12] Doch tatsächlich gibt das Faustpfand höhere Sicherheit, insofern der Besitz gegen Verbringung und Verderb der Pfandsache sichert.

Das römische Recht läßt die Hypothek an Mobilien wie an Immobilien zu.[13] Das Reichsrecht dagegen fordert zur Wirksamkeit der Verpfändung von Mobilien ihre Übergabe an den Gläubiger.[14]

§ 262. Dinglicher Charakter des Pfandrechtes.

1. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht.[1] Wohl ist es anderer Art, als die bisher betrachteten dinglichen Rechte an fremden Sachen; denn nicht auf den physischen Gebrauch und die Gewinnung des Ertrages zielt es ab, sondern es berechtigt zur Veräußerung der Substanz; zu dem Zwecke aber bindet es die Sache unmittelbar und dauernd, und unterwirft sie so der Verfügung des Gläubigers. Darin liegt das Wesen des dinglichen Rechtes.[2]

pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

12) In l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1 geht Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam so weit, auszusprechen: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. § 7 J. de act. 4, 6: inter pignus autem et hypothecam quandum ad actionem hypothecariam nihil interest. Eine Konsequenz der begrifflichen Gleichheit von pignus und hypotheca zieht Ulpian libro 40 ad Sabinum in l. 1 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

13) Vgl. übrigens Gajus libro 6 ad legem XII tabularum l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Diese naive Etymologie des Wortes pignus gab Veranlassung zur Bildung des deutschen Wortes „Faustpfand". Über die sprachliche Abstammung des Wortes pignus vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 49.

14) Siehe unten § 264.

1) l. 30 D. de noxalibus actionibus 9, 4. Gajus libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto: . . . sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. Die Äußerung wiederholt l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2.

2) Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 26 ff. sucht das Charakteristische des dinglichen Rechtes in der Befugnis, selbsthandelnd auf das Objekt des Rechtes einzuwirken. Der Hypothekengläubiger habe aber wenigstens nach neuerem Rechte nicht die Befugnis zu eigenen Handlungen in Bezug auf das hypothekarische Grundstück; denn den Zwangsverkauf besorge das Gericht. Der Vordersatz Sohms ist nicht richtig. Eine Aussichtsgerechtigkeit z. B. gibt ein Verbietungsrecht, aber nicht die Befugnis, selbsthandelnd auf die dienende Sache einzuwirken. Und doch wurde ihr dinglicher Charakter noch nie bezweifelt.

Die Folgen des dinglichen Charakters sind:

a) Die Pfandsache bleibt dem Pfandgläubiger, jedes Eigentumswechsels ungeachtet, verhaftet: es macht hierfür keinen Unterschied, ob der spätere Eigentümer sein Recht vom Verpfänder herleitet, oder ob er das Eigentumsrecht originär, etwa durch Ersitzung erwarb.

b) Das einmal begründete Pfandrecht geht späteren Pfandrechten vor. Es hat auch die Priorität vor dinglichen Rechten anderer Art, die nach ihm entstehen, z. B. einem Nießbrauch, einer Grundgerechtigkeit.

2. Von vielen wird der dingliche Charakter des Pfandrechtes bekämpft. Sie wollen es als Forderungsrecht aufgefaßt wissen. Und zwar betrachten einige das Pfandrecht als ein Forderungsrecht gegenüber der Sache selbst,[3] andere als eine Forderung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer der Sache.[4]

Beides ist unhaltbar.[5] Die Sache kann nicht Schuldner sein, denn ein Schuldner soll leisten, handeln! wie sollte dies der Sache möglich sein? Denkbar wäre eher, den jeweiligen Eigentümer der Sache als Schuldner anzusehen. Doch diese Konstruktion entspricht dem Tatbestande des Pfandrechts nicht. Denn:

a) Forderungsgläubiger haben gleiche Rechte, das Alter gibt dem einen vor dem anderen keinen Vorzug; dagegen ordnen sich dingliche Rechte untereinander nach dem Alter.[6]

Dem Pfandrechte nun ist es eigentümlich und charakteristisch, daß das Alter den Vorrang gibt. Nicht den Forderungsrechten also gehört es zu, sondern den dinglichen Rechten. Man kann nicht mit Fug einwenden, daß auch gewisse Forderungen ein Vorrecht — privilegium exigendi — vor anderen haben, denn dies ist Ausnahme, das Vorrecht des älteren Pfandrechtes Regel. Zudem aber beruht das Privileg von Forderungen nie auf ihrem Alter, sondern ausschließlich auf gewissen anderen Eigenschaften derselben.

b) Wäre das Pfandrecht ein Forderungsrecht, so könnte es den später begründeten dinglichen Rechten an der Pfandsache, z. B. einem Nießbrauche,

---

3) Diese Ansicht verteidigte Büchel, zivilrechtliche Erörterungen I 2. 1833, in 2. Aufl. 1847 Bd. 1 S. 259 ff. Sodann auch Sintenis, Pfandrecht § 2; Wangerow Bd. 1 § 363 Anm. 2.

4) Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5; ferner Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 27; Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 434 und andere.

5) Über die dingliche Natur des Pfandrechtes vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 4 S. 104 ff.; Exner, Kritik S. 47; Kohler, pfandrechtliche Forschungen § 5. Für dieselbe sind u. a. Puchta, Pand. § 193; Keller, Pand. § 190; Windscheid Bd. 1 § 224 Anm. 8.

6) Vgl. oben § 42 Abs. 8.

nicht die Spitze bieten; und doch ist dies der Fall. Auch hierin offenbart sich der Charakter des dinglichen Rechtes.

c) Endlich weist die Gestaltung der römischen Pfandklage unzweideutig auf die Dinglichkeit des Pfandrechtes hin.

Die Pfandklage geht nämlich in Rom nicht auf Zahlung der Schuld, wie dies der Fall sein müßte, wenn sie aus einer Forderung entspränge. Ihr petitum ist Herausgabe der Sache, nicht anders als bei einer Eigentumsklage. Man darf nicht einwenden, daß der Beklagte die Klage durch Angebot der Schuldsumme beseitigen darf, denn hierin liegt ein Recht der Verteidigung, nicht der Gegenstand der Klage.

Einen gewissen Eindruck zu Gunsten der Gegner macht auf den ersten Blick, daß die Quellen regelmäßig von „rem obligare“ und von „rei obligatio“ reden, wenn sie von Verpfänden und Pfandrecht handeln. Damit scheint der Charakter als Forderungsrecht klar bezeugt. Aber auch dies entscheidet nicht; denn das römische „obligare“ bedeutet nichts anderes als „rechtlich festbinden“. Demnach begreift es nicht bloß die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nicht minder die dingliche Unterwerfung der Sache unter das Recht des Pfandgläubigers.[7]

§ 263. Fiduzia und Hypothek.

1. Dem älteren römischen Rechte war die Hypothek fremd. Die echtrömische Verpfändungsweise war die fiducia.[1]

Sie bildete ein Doppelgeschäft. Man übereignete nämlich das Pfandobjekt dem Gläubiger in den Formen der mancipatio oder in jure cessio und verband hiermit einen Nebenvertrag — pactum fiduciae —, wonach der Pfandgegenstand in treuen Händen des Gläubigers sein sollte.[2]

---

7) Brinz, Bd. 2 §§ 206, 346 definiert Obligation so allgemein, daß Sachen- und Personenhaftung inbegriffen sind. Vgl. gegen ihn Rümelin im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 n. 8.

1) Über die fiducia siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 2; Oertmann, die fiducia 1890 und dort Angef., vgl. darüber Heyrovsky in Grünhuts Ztschr. Bd. 18 S. 354 ff., Bruckner, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 36 S. 1; siehe ferner Jacquelin de la fiducie 1891; Goeppert, zur fiducia cum amico contracta in der Savignyztschr. rom. A. Bd. 13 n. 9.

2) Das Formular der fiducia lautete in der ersten Kaiserzeit nach der in Spanien aufgefundenen Erzinschrift, Bruns fontes ed. VI S. 294: Dama L. Titi servus fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi uti optimus maximusque esset, sestertio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Bajanio libripende . . .

Als Eigentümer hatte der Gläubiger die volle Legitimation zu jedweder Verfügung über das fiduzierte Objekt. Er konnte es beliebig für sich verwerten. Aber infolge des pactum fiduciae sollte er sein Recht nur zu Pfandzwecken ausüben.

Zwei Klauseln waren gewöhnlich; einmal ein pactum de vendendo, wonach sich der Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Tilgung der versicherten Forderung durch Verkauf der fiduzierten Sache aus deren Erlös befriedigen durfte, und außerdem eine lex commissoria, wonach er die Sache in jenem Falle statt der Forderung endgültig für sich behalten konnte.[3]

Gegen Treubruch des Pfandgläubigers schützte die actio fiduciae. Mittels derselben konnte der Verpfänder Rückübereignung der fiduzierten Sache gegen Angebot der Schuldsumme fordern, sofern sie noch nicht kontraktgemäß verkauft oder dem Gläubiger verfallen war. An die Verurteilung des Gläubigers infolge der actio fiduciae knüpfte sich Infamie; sie bildete die Strafe seiner Untreue.[4] Auf dieses persönliche Forderungsrecht beschränkte sich aber der Anspruch des Verpfänders. Sein Eigentumsrecht an der Fiduzia hatte er aufgegeben und damit jede dingliche Klage wegen derselben. Gegenüber Dritten, welchen der Gläubiger die fiduzierte Sache treulos zuwendete oder die sonst, z. B. durch Entwendung, in deren Besitz gekommen waren, hatte er also kein Rückforderungsrecht.

Der Gläubiger war als Eigentümer der fiduzierten Sache zu deren Besitz berechtigt. Doch überließ er sie häufig dem Verpfänder — precario — auf Widerruf. Tatsächlich war dem Verpfänder damit zunächst geholfen, aber sein Besitz war ein unselbständiger, vom guten Willen des Gläubigers durchaus abhängiger.[5]

---

antestato . . . adfines fundo dixit L. Bajanius L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet. Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Bajanium quam pecuniam L. Bajanio didit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit, spondit spoponderit fideve quid sua jussit jusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset. si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius heresve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet: mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret . . . Vgl. Degenkolb, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 9 S. 117. Eine neuerdings aufgefundene Urkunde über eine fiducia hat Eck, Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 9 S. 60 erläutert; dagegen Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 573 Anm. 3. Vgl. aber Bruns fontes ed. VI S. 292 (Mommsen), Grabenwitz in d. Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 14 S. 126.

3) Vgl. Paul. sent. II. 13.

4) Siehe oben § 58.

Der Gläubiger hatte eine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner und daneben deren Sicherung durch die Fiduzia.[6]

Hierdurch unterscheidet sich die Fiduzia wesentlich von dem Verkaufe auf Wiederkauf zu Pfandzwecken, welcher heutzutage oft vorkommt. Bei diesem Geschäfte verkauft der Schuldner seinem Gläubiger Objekte bis zum Betrage seiner Schuld, kompensiert diese Schuld mit dem Kaufpreise und bedingt sich das Recht des Rückerwerbes der verkauften Objekte gegen eine Summe aus, welche dem Verkaufspreise unter Zuschlag von Zinsen entspricht. Nicht selten behält ein solcher Verkäufer hierbei die Detention leihweise zurück und überträgt den juristischen Besitz auf den Käufer nur durch constitutum possessorium. Eine Forderung des Geldgebers auf Schuldzahlung besteht bei diesem Geschäfte nicht, die Rückzahlung ist Vergünstigung, um die verkauften Objekte zurückzuerlangen; sie ist keine Pflicht. —

2. Neben der Fiduzia entwickelte sich die Hypothek in Rom nur allmählich.[7] Keime der Hypothek finden sich zwar frühzeitig im nationalen römischen Verkehr. Aber ihre Ausbildung verdankten sie dem Einflusse des hellenischen Rechtes.[8]

Seit alters war es nichts Seltenes, einem Gläubiger eine Sache zum Faustpfande — pignus — einzuhändigen, so daß er sie bis zur Tilgung seiner Forderung zurückbehielt. Die Sicherung des Gläubigers war hier eine bloß tatsächliche. Sein Besitz gab ihm Gewähr.

Einen Fortschritt vermittelte der Pachtvertrag. Die Pächter verpfändeten häufig den Verpächtern ihr in das Pachtgut eingebrachtes — inferiertes — Mobiliar und gaben ihnen das Recht, dasselbe im Falle der Nichtzahlung des Pachtzinses zurückzuhalten.[9] Auch ein solches Pfandrecht hatte ursprünglich seinen Schutz in der tatsächlichen Stellung und Macht des Verpächters. Aber diese reichte nicht aus, wenn der Pächter mit seinen Sachen, ohne den Pachtzins zu zahlen, abzog, ehe das Vorhaben zur Kunde des Verpächters kam. Um deswillen gab der Prätor

5) Auf die sich anschließende usureceptio fiduciae kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Gaj. Inst. II §§ 59 und 60, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 23.

6) Siehe das Schema in Anm. 2, Paul. sent. II 13 § 2.

7) Über die Verpfändung an den Staat — die Prädiatur — siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 3, Mommsen, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 S. 466 ff., Zimmermann, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857, River, cautio praedibus praediisque 1863, Karlowa, Rechtsg. Bd. 2 S. 47.

8) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 4 ff., Kuntze, z. Geschichte des römischen Pfandrechts 1893.

9) Gaj. Inst. IV § 147. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Die Stelle ist übernommen in § 3 J. de interdictis 4, 15.

dem Verpächter zunächst das interdictum Salvianum wegen der ihm verpfändeten Illaten des Pächters und dann auch eine dingliche Klage, die actio Serviana.[10]

In Anlehnung hieran gewährte er später auch aus anderen Pfandverträgen dingliche Klagen.[11] Sie führten den Namen actio quasi Serviana, aber auch actio hypothecaria, pigneraticia in rem. Von dem Einflusse des griechischen Rechtes gibt die Aufnahme der Worte hypotheca, hyperocha, antichresis in das römische Pfandrecht Zeugnis. Seit langer Zeit waren in griechischen Rechten formlose Pfandverträge anerkannt; es liegt zu Tage, daß dies Vorbild die Ausbildung des römischen Pfandrechtes wesentlich mitbestimmt hat.[12]

Die Hypothek verdrängte die fiducia Schritt für Schritt. Namentlich geschah dies außerhalb Italiens. Im justinianischen Rechtsbuche ist die fiducia, mit welcher sich die klassischen römischen Juristen noch häufig beschäftigten, ausgemerzt.[13]

§ 264. Die Formalisierung des Pfandrechtes in Deutschland.

1. Die formlose Hypothek war den Römern als bequemes Kreditmittel willkommen. Aber schließlich war Zerrüttung der Kreditverhältnisse die Folge des Institutes.

Dasselbe brach der *Generalhypothek* Bahn, d. h. der *Verpfändung aller Vermögensobjekte des Schuldners, auch der künftig von ihm zu erwerbenden mittels einer Generalklausel.*[1] Hierdurch konnten sich einzelne Gläubiger ein

---

10) § 7 J. de actionibus 4, 6. Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Die actio Serviana wurde hinter das Salvianum eingeschaltet, woraus sich erklärt, daß die römischen Juristen das Pfandrecht in den Edikt-kommentarien bei Gelegenheit der Interdikte behandelten. Über das interdictum Salvianum und die actio Serviana vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 149 S. 1278.

11) Lenel, edictum perpetuum S. 397 rekonstruiert die Formel der actio quasi Serviana folgendergestalt: Si paret inter Am Am et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. Ao Ao pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quominus solvatur satisve fiat, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemna, s. n. p. a.

12) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 67 ff. Einen Gegensatz zum römischen Rechte in Beziehung auf einen einzelnen Punkt weist nach Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechtes S. 113 ff. Vgl. Hitzig, das griechische Pfandrecht 1895, und hierüber Kübler in der Ztschr. der Savignystiftg., rom. Abt. Bd. 16 S. 344.

13) Lenel in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 3 S. 104 ff.

Vorrecht zum Nachteil der übrigen beliebig schaffen. Man suchte ein Gegengewicht in zahlreichen gesetzlichen Spezial- und Generalhypotheken, welche besonders zu begünstigenden Forderungen zu gute kamen. Im Grunde wurde damit das Übel nur ärger.

Der Personalkredit verlor die gesunde Basis. Auch der dingliche Rechtszustand geriet in Unsicherheit. Niemand konnte beim Erwerbe von Sachen oder von dinglichen Rechten an denselben, insbesondere von Hypotheken, mit Sicherheit wissen, ob sie nicht durch vorgehende Hypotheken entwertet waren. Den Betrügereien, die sich hieran anknüpfen ließen, konnte die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betruges — Stellionat — nur zum Teile steuern.[2]

2. Eine besonders gefährliche Form des Betruges war, daß man Hypothekenurkunden mit einem gefälschten Datum versah und ihnen hierdurch einen Altersvorzug vor bereits bestehenden Hypotheken andichtete. Hiergegen traf Kaiser Leo Maßnahmen. Pfandrechte aus Urkunden, die vor der Obrigkeit — publice — oder vor 3 Zeugen — quasi publice — errichtet waren, sollten den privatschriftlichen vorgehen, auch wenn die letzteren ein älteres Datum an sich trügen.[3] Es war dies ein nützliches Palliativ gegen grobe Ausschreitungen; an der Wurzel war damit das Übel nicht gefaßt.[4]

3. In Deutschland rezipierte man mit dem römischen Rechte auch die römische Hypothek. Nur lokal erhielt sich zunächst älteres Recht, wonach die Bestellung von Pfandrechten an Immobilien vor dem Richter der belegenen Sachen geschah und in dessen Bücher eingetragen wurde.

1) Vgl. über die Generalhypothek Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 55 ff. Gajus in der l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1 nennt die Generalverpfändung eine Klausel „quae cottidie inseri solet cautionibus“. Siehe über sie l. 6, 7, 8 D. de pignoribus 20, 1, l. 9 C. quae res pignori 8, 16.

2) l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

3) l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 17. Imp. Leo: Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. § 1 Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. a. 472.

4) Über die Streitfragen, die sich daran knüpften, daß man dieser Verordnung eine Tragweite geben wollte, die ihr an sich nicht innewohnte, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 151, Arndts § 386, Windscheid Bd. 1 § 245.

Allmählich aber kam man zu Umgestaltungen des gemeinen Rechtes. Sie fielen zunächst der partikularen Gesetzgebung[5] zu; ihr folgte dann die Reichsgesetzgebung, welche die Entwicklung zum Abschluß gebracht hat.

a) Die Reform des Pfandrechtes an Immobilien — vor allem in Preußen gefördert — knüpfte sich zunächst an die Verordnung des Kaisers Leo. Man behandelte als öffentliche Pfandrechte an Immobilien nur die beim Richter der belegenen Sache angemeldeten und eingetragenen. Man beseitigte ferner das Vorrecht der „pignora quasi publica" und entzog schließlich ihnen und den bloßen Privathypotheken an Immobilien die dingliche Kraft. Am meisten Widerstand fand, weil auch ethische und humane Rücksichten im Spiel zu sein schienen, die Anforderung der Eintragung auch der gesetzlichen Hypotheken, was sie zu bloßen Titeln auf Begründung eines Pfandrechts herabdrückte. Doch auch dies wurde durchgesetzt.

Nach dem Rechte des B.G.B. vollzieht sich die Verpfändung von Grundstücken nur durch Eintragung in die Grundbücher. Diese Eintragungen haben öffentlichen Glauben, d. h. zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.[6]

b) Die Verpfändung von Mobilien wurde durch zahlreiche Partikularrechte an die reale Übertragung des Besitzes geknüpft. Das constitutum possessorium, d. h. die Erklärung des Verpfänders, für den Pfandgläubiger besitzen zu wollen, genügte nicht.[7 8 9]

Die Reichsgesetzgebung hat sich dem durchaus angeschlossen.[10]

---

5) Die Entwicklung der preußischen Gesetzgebung, die den größten Einfluß gewann, geben Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht Abt. 1 S. 6 ff.

6) Näheres über das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bei Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 S. 133 ff.

7) Über die Verwendung des Konstituts zu Sicherheitszwecken in früherer Zeit siehe Biermann, traditio ficta S. 239, 309.

8) Siehe übrigens Leonhard, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag in den — von Gruchot begründeten — Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 25 S. 177 ff.

9) Oft schließen die Parteien zur Sicherung von Geldforderungen einen Verkauf von Objekten des Geldempfängers unter Vorbehalt des Wiederkaufes in der oben § 263 geschilderten Weise. Hierbei bleibt der Verkäufer nicht selten im Naturalbesitz, indem er die verkauften Objekte bloß durch constitutum possessorium tradiert. Es fragt sich, ob solche Geschäfte als wirksame Verpfändung von Mobilien mittels constitutum possessorium anzuerkennen sind? R.G. Bd. 13 S. 200 hat das verneint, wenigstens bezüglich des mecklenburgisch-schwerinischen Gesetzes vom 26. Mai 1878 § 3. Vgl. aber auch die oben § 31 Anm. 12 angeführten Schriftsteller, sowie Seuff. Arch.

Zweites Kapitel.

Voraussetzungen des Pfandrechts.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 265. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im allgemeinen.

1. Das Pfandrecht entsteht durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung,[1] ferner durch den Richter und endlich unmittelbar infolge des Gesetzes.[2]

Es wird also entweder mit dem Willen des Eigentümers durch Rechtsgeschäft oder ohne und gegen den Willen des Eigentümers durch das Gericht oder von Rechts wegen begründet. Wenn die Römer dies gesetzliche Pfandrecht ein stillschweigendes nennen, also auf den präsumtiven Willen des Eigentümers zurückführen,[3] so ist dies eine Vorstellung, welche der Realität der Verhältnisse nicht entspricht. Denn auf das Vorhandensein dieses Willens kommt es beim gesetzlichen Pfandrechte nicht an.

2. Die Verpfändung ist nach römischem Recht entweder eine generelle, d. h. das ganze jetzige und künftige Vermögen ergreifende oder eine spezielle, wenn sie sich nur auf einzelne Vermögensbestandteile bezieht. Schon im gemeinen Recht sind wenigstens die generellen Pfandrechte überwiegend zu bloßen Pfandrechtstiteln geworden.

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 266. Die regelrechte Pfandkonvention.[1]

1. Der formlose Vertrag genügt zur Verpfändung.[2] Ausdrücklichkeit wird nicht erfordert. Oft werden indirekte, verhüllende Aus-

Bd. 46 n. 2 (O.L.G. Kiel) und Bl. für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 19 S. 45 (O.L.G. Jena).

10) Vgl. B.G.B. §§ 1205, 1206; Bürg. R. Bd. 3 § 264 S. 741.

1) l. 26 D. de pign. a. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 33 und 34. Nach B.G.B. gilt dies nicht.

2) Ersitzung eines Pfandrechtes findet nicht statt. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 178.

3) Die Römer sprechen von tacitae conventiones, hypotheca tacita. Vgl. l. 3, 4, 6 D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur, 20, 2, l. un. § 1 b C. de rei uxoriae actione 5, 13, l. 1 § 2 C. communia de legatis 6, 43. Vgl. oben § 80, siehe auch Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 292.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 22.

drücke gewählt, z. B. „deponieren", „Deckung geben", „Kaution stellen".[2] Stillschweigen kann ausreichen; es ist z. B. der Eigentümer, welcher sein Recht kennt, bei der Verpfändung seiner Sache gegenwärtig und schweigt.[4] Reservation eines Pfandrechtes seitens des Veräußerers ist nichts Seltenes; hierin liegt aber nicht Erhaltung bestehenden Rechtes, sondern die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses.[5] [6]

Schriftlichkeit der Pfandbestellung ist nichts Notwendiges; tatsächlich bildet sie aber begreiflich die Regel.[7] Denn wer es erforderlich findet, sich durch Pfand zu sichern, wird sich auch eine Urkunde verschaffen, ohne welche sein Recht nicht zu beweisen und demzufolge fast wertlos ist.

2. Wer kann ein Pfand bestellen? wer erwerben?

a) Nur der Gläubiger der persönlichen Forderung kann für dieselbe ein Pfandrecht erwerben.[8] Es macht keinen Unterschied, ob dies der ursprüngliche Gläubiger oder ein Zessionar ist. Statt des Gläubigers können Bevollmächtigte handeln.[9] Erwerb durch einen negotiorum gestor fordert Genehmigung des Gläubigers. Sie hat nach allgemeinen Grundsätzen rückwirkende Kraft, vorbehaltlich inzwischen erworbener Rechte Dritter.[10]

b) Nur der Eigentümer kann seine Sache mit vollem Effekte verpfänden.[11] [12] Emphyteuten, Superfiziare,[13] publizianisch Berechtigte[14]

---

2) „nuda conventione" l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22, l. 2 C. quae res pignori 8, 16.

4) l. 26 § 1 D. de pignoribus 20, 1, l. 2 C. si aliena res 8, 15, l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2; vgl. oben § 98 Ziff. 2, Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 217.

5) l. 1 § 4, l. 2 D. de rebus eorum 27, 9, oben § 251 Anm. 14; Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 32; Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 11; Freisen, Vorbehalt 1881 S. 43 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 261 Anm. 1. Anderer Ansicht Lang im Archiv für ziv. Praxis Bd. 28 S. 383, Arndts, § 371 Anm. 2, Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 105.

6) Über das bedingte und betagte Pfandrecht vgl. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 5, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 181, Bd. 2 S. 296, Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 48 ff.

7) l. 4 D. de pignor. 20, 1.

8) Eine Anwendung macht l. 33 D. de pignoribus 20, 1.

9) Anders nach justinianischem Rechte, l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, vgl. freilich l. 21 pr. D. de pign. 20, 1. Über den Widerstreit siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 204.

10) Wer unfähig ist, Eigentum an einer Sache zu erwerben, ist um deswillen nicht auch unfähig, ein Pfandrecht an derselben zu erlangen, l. 24 D. de pign. 20, 1. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 194.

11) Siehe unten § 267 Anm. 2, aber auch B.G.B. § 1207 bezüglich des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

können dies nur mit beschränkter Wirkung, d. h. unbeschadet der Rechte derer, denen sie selbst nachstehen.

Verpfänden kann man seine Sache wie für die eigene Schuld so für diejenige eines Dritten.[15] Pfandbestellung für die Schuld eines Dritten bildet eine Art der Interzession.[16]

§ 267. Pfandkonventionen über fremde Sachen.[1]

Die Entstehung des Pfandrechtes verlangt der Regel nach Eigentum des Verpfänders zur Zeit der Pfandkonvention. Demgemäß forderte die römische Pfandklage das „in bonis esse tempore conventionis".[2] Aber diese Regel ist keine ausnahmslose. Man erkannte vielmehr in zahlreichen Fällen die Verpfändung fremder Sachen als rechtsbeständig an, in denen der Verpfänder erst nach Abschluß der Pfandkonvention Eigentümer der Pfandsache wurde. Diese Fälle ordnen sich zwei Kategorien unter:

1. Pfandverträge, die in Erwartung künftigen Erwerbes durch den Verpfänder abgeschlossen werden — antizipierende Pfandkonventionen[3] —, erhalten Wirksamkeit, wenn sich diese Erwartung hinterher erfüllt.[4]

Dies gilt für die Verpfändung bestimmter fremder Sachen, wie für Pfandkonventionen über Gesamtheiten, die einer regelmäßigen Ergänzung und Erneuerung unterliegen. Hauptbeispiel der ersten

---

12) Gesetzliche Veräußerungsverbote stehen auch der Bewilligung von Pfandrechten entgegen, vgl. oben § 217 Anm. 6. Eine Beschlagnahme der Sache ferner, z. B. infolge der Konkurseröffnung, hindert die Rechtswirksamkeit des Pfandrechtes gegenüber denjenigen, zu deren Gunsten die Beschlagnahme ausgebracht ist.

13) Vgl. oben § 259 Anm. 13.

14) l. 18 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 19 ad edictum: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. 21 § 1 D. eod., vgl. l. 14 D. qui pot. 20, 4.

15) l. 5 § 2 D. de pignoribus 20, 1.

16) l. 1 § 4 D. de pignoribus 20, 1, siehe oben § 55 Anm. 2, unten Bd. 2 § 84.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 28 ff. und dort Zitierte, insbesondere Huschke, in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 6, ferner Exner, Kritik S. 105.

2) Vgl. die oben § 263 Anm. 11 wiedergegebene Formel, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1, l. 6 C. si aliena res 8, 15.

3) Der Pfandvertrag kann auch andere Umstände antizipieren, namentlich die Entstehung der Forderung, welche versichert werden soll. Wir bezeichnen jedoch die dem Erwerbe des Pfandobjektes vorgehende Konvention in vorzüglichem Sinne als antizipierende.

4) l. 16 § 7 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit.

Art ist Verpfändung einer dem Verpfänder geschuldeten Sache;[5] denn der Sinn dieses Geschäftes ist Bewilligung eines Pfandrechtes an dem Schuldobjekte für den Fall seiner Leistung an den Verpfänder. Hauptbeispiel der zweiten Art ist die Generalhypothek, da sie alle Objekte, die der Verpfänder hat und erwerben wird, umfaßt.[6] [7]

Die Rangordnung mehrerer zu verschiedenen Zeiten bezüglich künftigen Erwerbes bewilligter Hypotheken ist streitig. Einige Schriftsteller ordnen sie nach dem Datum des Verpfändungsgeschäftes, andere schreiben ihnen gleichen Rang zu. Nach einem einzelnen, aber wichtigen Falle pflegt man die Streitfrage auch so zu formulieren, ob mehrere zu verschiedenen Zeiten bestellte Generalhypotheken bezüglich des späteren Erwerbes des Verpfänders nach dem Datum der Bestellung zu ordnen sind, oder hinsichtlich dieses Erwerbes gleiche Rechte haben? Die erstere Ansicht ist die richtige. Denn wenn auch, was die Gegner betonen, die mehreren Pfandrechte die Sache in einem Momente, nämlich dem des Erwerbes durch den Verpfänder ergreifen, so geschieht dies doch in dem Sinne und in der Ordnung, in welcher sie ursprünglich bewilligt sind, so daß das zuerst begründete als vorgehendes, das später bestellte als nachfolgendes anzusehen ist.[8]

---

5) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4. l. 1 pr. D. de pign. 20, 1, abgedruckt unten Anm. 6.

6) l. 1 pr. D. de pignoribus 20, 1. Papinianus libro 11 responsorum: Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. Vgl. Exner, Kritik S. 112, Bethmann-Hollweg a. a. O.

7) Vgl. ferner l. 13 pr. D. de pign. 20, 1, l. 34 D. eod., abgedruckt unten § 272 Anm. 7.

8) Für die hier verteidigte Ansicht sind die Quellen. l. 7 C. qui potiores 8, 17. Impp. Diocletianus et Maximianus: Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Wie aus dem Schlußsatze hervorgeht, lag ein Rechtsfall vor, in welchem der Schuldner in Bezug auf seine künftig zu erwerbende Sache successive verschiedenen Gläubigern Hypotheken bewilligt hatte. Indem nun das Reskript feststellt, daß zwar in der Regel die früher begründete Hypothek an und für sich vorgehe, dennoch aber die spätere den Vorzug habe, wenn durch das spätere Pfandgeschäft die Pfandsache für den Schuldner erworben wurde, gibt es deutlich dem Satze die Sanktion, daß auch unter den mehreren den Erwerb antizipierenden Pfandrechte die Zeitfolge der Bestellung entscheide. Dies Zeugnis hält auch Windscheid Bd. 1 § 242 Anm. 10 „für ein nicht leicht zu beseitigendes". Aber auch l. 3 § 1, l. 21 pr. D. qui pot. 20, 4 sind beweiskräftig. Dagegen führt man an l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit. quippe cum res ex nummis pigneratis empta non

2. Die Verpfändung fremder Sachen konvalesziert, wenn der Verpfänder später deren Eigentümer wird, falls der Gläubiger denselben zur Zeit des Pfandgeschäftes für berechtigt zur Verpfändung gehalten hatte.[9] Nicht minder konvalesziert unter dieser Voraussetzung die Verpfändung, wenn der Eigentümer Erbe des verpfändenden Nichteigentümers wird.[10] Wird er bloß Teilerbe, so erhält

sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. Diese Stelle beweist indessen für die Gegner nur, wenn man unterstellt, daß die in ihr erwähnten Pfandrechte successive begründet wurden. Allein dies geht aus derselben nicht hervor, vielmehr ist gleichzeitige Verpfändung an die beiden Hypothekarien anzunehmen, wofür das concurrere „et“ in pignore einen Anhalt gibt. — Hauptvertreter der Gegenansicht ist Vangerow Bd. 1 § 369 Anm. 1, für die hier vertretene vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 29 und 30, Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte S. 68, siehe auch R.G. Bd. 10 S. 41.

9) Freilich ist bestritten, ob wahre Konvaleszenz eintritt. Die Gegenansicht stützt sich auf l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4. Africanus libro 8 quaestionum: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc quum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse. Die von der Titia bewilligte Nachhypothek soll also nicht konvaleszieren, wenn die Titia im Augenblicke der Abfindung des ersten Hypothekars nicht mehr Eigentümerin ist. Diese Entscheidung ist nur daraus zu erklären, daß Afrikanus in Übereinstimmung mit der älteren römischen Jurisprudenz die Bewilligung einer Nachhypothek noch als bedingt durch die Abfindung des vorstehenden Gläubigers ansah. Unter dieser Voraussetzung ließ sich sagen: das dem Mävius bewilligte Pfandrecht kann nicht zustehen, wenn sich seine Bedingung durch Abfindung seines Vorgängers, des Titius, purifiziert; denn nunmehr war die Verpfänderin, die Titia, nicht mehr Eigentümerin der Pfandsache; es kann aber auch nicht durch Rückziehung auf den Augenblick der Pfandkonvention Kraft gewinnen, denn damals war die Titia noch nicht Eigentümerin. Im späteren Rechte gilt die Nachhypothek nicht mehr als bedingte; der Entscheidung des Afrikanus ist also das Fundament entzogen. Über die verschiedenen Auffassungen vgl. Windscheid in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 n. 10 und Pand. Bd. 1 § 230 Anm. 8.

10) Gegen die Konvaleszenz in diesem Falle erklärt sich Paulus libro 3 quaestionum l. 41 D. de pign. act. 13, 7: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori, non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Für die Konvaleszenz spricht sich aus Modestinus libro 7 differentiarum l. 22 D. de pignoribus 20, 1: Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero ex postfacto pignus directo cuidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. Die zahlreichen Vereinigungsversuche sind sämtlich mißlungen, der Widerspruch ist nicht zu beseitigen. Bachofen S. 548 zieht die Ansicht des Paulus vor. Aber die gemeine Meinung schließt sich mit Recht dem Modestinus an. Hierfür spricht entscheidend die Analogie der exceptio rei venditae et traditae. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 269. H. Krüger, exceptio doli I S. 68.

das Pfandrecht an demjenigen ideellen Teile der Pfandsache Geltung, welcher der Erbportion des Eigentümers entspricht.[11 12]

Werden künftige Sachen verpfändet, so tritt das Pfandrecht an ihnen in Kraft, sofern sie in der Tat entstehen und Eigentum des Verpfänders werden. Dies gilt insbesondere für verpfändete nicht getrennte Früchte, falls sie nach ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders kommen.[13]

b) Gesetzliche Pfandrechte.[1]

§ 268. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpfänders.

Die römischen gesetzlichen Pfandrechte sind teils spezielle — an einzelnen Vermögensbestandteilen, teils generelle — an einem Gesamtvermögen.

Unter den Spezialpfandrechten sind die des Vermieters und des Verpächters die wichtigsten.[2]

a) Der Vermieter von städtischen Grundstücken — von Häusern,[3] Magazinen, Stallungen, Plätzen zum Verfertigen oder zum Aufbewahren von Objekten[4] — hat wegen seiner Forderungen aus dem Mietsverhältnis[5] ein gesetzliches Pfandrecht an den in die Mietsache eingebrachten Mobilien des

11) arg. l. 14 C. de rei vind. 3, 32, vgl. oben § 216 Anm. 10.

12) Das Recht des B.G.B. ruht auf dessen § 185.

13) Vgl. l. 15 pr. D. de pignor. 20, 1, l. 11 § 3 D. qui pot. 20, 4. Verschiedene Ansichten siehe bei Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 10, Exner, Kritik S. 108.

1) Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, Tit. Cod. 8 14. Die gesetzlichen Pfandrechte behandelt ausführlich Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 2 Teile 1803, ferner Dernburg, Pf.R. Bd. 1 §§ 35 ff., wo auch ältere Literatur zitiert ist; siehe auch Vangerow Bd. 1 §§ 374 ff.

2) Bunsen, das gesetzliche Pfand- und Zurückhaltungsrecht des Verpächters und Vermieters 1848, H. Wächter, das Vorzugsrecht des Vermieters 1885. Über das Recht des B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 2, 2 § 229 S. 192.

3) Das Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters, ursprünglich nur Usance der Stadt Rom, wurde von Justinian zum Rechte des gesamten Reiches erhoben, l. 7 C. in q. c. p. 8, 14. Vgl. über dasselbe l. 4 pr. D. in q. c. p. t. 20, 2. Neratius libro 1 membranarum: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

4) l. 3. l. 4 § 1 D. h. t. 20, 2, l. 198 D. de V. S. 50, 16; O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 19. Nach B.G.B. § 559 hat jeder Vermieter eines Grundstückes das Pfandrecht.

5) Das Pfandrecht deckt alle Ansprüche aus dem Mietskontrakt, also nicht bloß verfallene und künftige Mietzinsforderungen, sondern auch Ansprüche wegen Deteriorationen der Mietsache und wegen Auslagen des Vermieters infolge des Mietverhältnisses, l. 2 D. h. t. 20, 2. B.G.B. § 559 bestimmt: „Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden."

Mieters — dessen Illaten. Nicht verpfändet ist bloß gelegentlich und vorübergehend Eingestelltes.[6] Objekte Dritter unterliegen dem Pfandrechte nur, wenn deren Eigentümer der Verpfändung zustimmten.[7] Die vom Aftermieter eingebrachten Mobilien sind auch dem ersten Vermieter verpfändet, jedoch nur zu dem Betrage, welchen der Aftermieter seinem Vermieter schuldet.[8]

b) Der Verpächter landwirtschaftlicher Grundstücke hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten des Pachtgutes,[9] welche der Pächter oder dessen Afterpächter[10] perzipiert.

Ein besonderer Schutz des Pfandrechtes des Vermieters liegt in seinem Perklusionsrechte, d. h. dem Rechte, die Wegschaffung der ihm verpfändeten Objekte aus der Mietsache zu verhindern.[11] Rechtswidrige Wegführung der Illaten zu Gunsten des Eigentümers, wie auch der Versuch einer solchen ist mit öffentlicher Strafe bedroht.[12]

---

6) l. 7 § 1 D. h. t. 20, 2. Pomponius libro 13 ex variis lectionibus: Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quae, ut tibi sint, illata fuerint pignori sint, quod magis est, vgl l. 32 D. de pignoribus 20, 1, R.O.H.G. Bd. 6 S. 284. Das Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf verkäufliche Waren, welche in die gemieteten Räume, Magazine, Läden eingebracht sind. Denn auch solche Waren haben bis zu ihrer Fortschaffung dort ihren regelmäßigen Aufenthalt, gleichsam ihren Sitz. Es treten jedoch nach dem vermutlichen Willen der Beteiligten die Waren, welche bis zur Vornahme der Beschlagnahme des Vermieters ordnungsmäßig veräußert wurden, aus der Haftung, vgl. l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1, R.O.H.G. Bd. 6 S. 285. B.G.B. § 560. — Ob auch die nach C.P.O. § 811 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen dem Vermieter hafteten, war nach gemeinem Rechte zweifelhaft; vgl. einerseits R.G. in Straff. Bd. 4 S. 198, andererseits Eck in den Festgaben für Gneist S. 251. Jetzt ist die Frage durch B.G.B. § 559 erledigt, wonach sich das Pfandrecht nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen erstreckt.

7) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechtes. Inferiert der Mieter Mobilien seiner Frau, und ist er nach dem ehelichen Güterrechte, unter dem die Eheleute stehen, zur Verpfändung ihrer Mobilien befugt, so gelten dieselben als durch die Illation verpfändet. R.G. in Strafsachen Bd. 23 S. 164.

8) l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri — nam Julianus scribit solvi ei posse — et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria. Vgl. über diese Stelle Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 307. Nach B.G.B. sind die Mobilien des Aftermieters dem ersten Vermieter nicht verpfändet.

9) l. 7 pr. D. in quib. caus. p. 20, 2, vgl. l. 52 § 8 D. de furtis 47, 2. Nach B.G.B. § 585 erstreckt sich das Pfandrecht des Verpächters auch auf die vom Pächter eingebrachten Sachen.

10) l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

11) l. 9 D. in quib. caus. p. 20, 2, Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 332. B.G.B. § 561.

Der Mieter hatte in Rom behufs Freigebung seiner perkludierten Objekte ein eigenes interdictum de migrando, falls er die Tilgung der Mietschuld nachwies oder dartat, daß die retinierte Sache nicht zu den verpfändeten gehörte. Nach gemeinem Recht reichte hierzu die Klage aus dem Mietkontrakt aus.[18]

Das Recht des Vermieters und Verpächters geht nicht in seinem Retentionsrecht auf, wie dies ältere Schriftsteller oft annahmen. Er kann auch das Weggebrachte mit der Pfandklage verfolgen.[14] Doch werden die mit Wissen und ohne Einspruch des Vermieters aus der Mietsache weggeschafften Illaten von der Pfändung frei.[15]

§ 269. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.

Die zahlreichen römischen Legalhypotheken wurden durch die gemeinrechtliche Praxis zum Teil noch erweitert und vermehrt.

A. Gesetzliche Spezialhypotheken stehen ferner folgenden Ansprüchen zur Seite:

1. Gelddarlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden an den hergestellten Gebäuden;[1]

2. Ersatzforderungen unmündiger Mündel an den mit ihrem Gelde von ihrem Vormunde oder von Dritten angeschafften Objekten;[2]

3. Vermächtnisforderungen an den Objekten, welche der Belastete vom Erblasser erhielt.[3]

---

12) Strafgesetzbuch § 289. — Wer die inferierten Mobilien nicht zu Gunsten des Eigentümers derselben, sondern in eigenem Interesse wegbringt, verfällt dem Strafgesetze nicht, R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 325. Der Mieter war nach gemeinem Rechte nicht berechtigt, einzelne Sachen eigenmächtig fortzuschaffen und den Vermieter darauf zu verweisen, daß er in den zurückbleibenden übrigen Sachen eine genügende Deckung für die verfallene Miete finde, R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 24. Anders aber B.G.B. § 560. Eine ausdrückliche Erklärung des Vermieters, von seinem Zurückhaltungsrechte Gebrauch machen zu wollen, ist zur Strafbarkeit der Verbringung der Illaten nicht erfordert, es genügt, daß die Umstände unzweideutig erkennen lassen, daß der Vermieter sein Pfandrecht an der gemieteten Sache geltend machen wollte. R.G. in Strafsachen Bd. 4 S. 43, Bd. 6 S. 321.

13) Tit. Dig. de migrando 43, 32, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 334.

14) Vgl. hierzu B.G.B. § 561 Abs. 2.

15) R.O.H.G. Bd. 6 S. 288 und dort zitierte Schriftsteller, R.G. in Strafsachen Bd. 14 S. 324, B.G.B. § 560.

1) l. 1 D. in quib. caus. p. 20, 2. Madai in Lindes Zeitschrift Bd. 19 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 37, Schlayer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 S. 83.

2) l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8. Dieses Pfandrechtes gedenkt auch l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4, l. 3 D. de rebus eorum 27, 9, vgl. übrigens l. 17 C. de pignoribus 8, 13, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 39. Über ein anderes Recht, welches dem Unmündigen wegen der mit seinem Gelde angeschafften Objekte zusteht, siehe oben § 225 Anm. 9.

3) l. 1, l. 2 C. comm. de legatis 6, 43, nov. 108 cap. 2, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 40.

Das B.G.B. hat diese Pfandrechte nicht übernommen.

B. Gesetzliche Generalhypotheken stehen zu:

1. dem Fiskus[4] wegen direkter Abgaben[5] und wegen Forderungen aus Kontrakten,[6][7] der Kirche am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen Verschlechterung ihrer Emphyteusen[8] und nach der Praxis am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Ansprüche aus der Verwaltung,[9] endlich nach der Praxis auch den Städten wegen ihrer Ansprüche an ihre Verwalter an deren Vermögen;[10]

2. den Minderjährigen[11] und Geisteskranken[12] am Vermögen ihrer Vormünder;[13][14]

3. den Kindern am Vermögen ihres Vaters wegen ihrer mütterlichen Adventitien,[15] ferner am Vermögen von Vater oder Mutter wegen Erstattung der lucra nuptialia, welche diese infolge einer früheren

---

4) l. 1 C. in q. c. p. t. c. 8. 14, l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 43.

5) Dem Fiskus stehen Regent und Regentin allgemein gleich nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

6) l. 2 C. in q. c. p. t. c. 8, 14 Antoninus: Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. l. 2, l. 3 C. de privilegio fisci 7, 73, l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 41 ff.

7) Streitfrage ist, ob der Fiskus für alle seine Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht erhielt. In der l. 46 § 3 D. de jure fisci 49. 14 tut Hermogenianus libro 6 juris epitomarum den Ausspruch: fiscus semper habet jus pignoris. Hierin sehen viele einen entscheidenden Beweis für die Allgemeinheit des fiskalischen Pfandrechtes. Aber der Ausspruch Hermogenians bezeichnet kurz das Regelmäßige; ganz genau ist er nicht. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 340. Anders jedoch Windscheid Bd. 1 § 232 Anm. 1, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 1, Arndts § 373 Ziff. a.

8) nov. 7 cap. 3 § 2.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 13 und dort Zitierte, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 9, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

11) Dies Legalpfandrecht führte Konstantin ein, l. 20 C. de adm. tutor. 5, 37. vgl. l. 1 C. Theod. de adm. et per. tutorum 3, 30. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 45.

12) l. 7 §§ 5a und 6c C. de curat. furiosi 5, 70.

13) Heiratet die Mutter-Vormünderin vor Rechnungslegung und Herausgabe des Mündelvermögens an ihre Kinder aufs neue, so ist auch das Vermögen des Stiefvaters den Kindern verpfändet, l. 2 C. quando mulier 5, 35, l. 6 C. in q. c. p. t. 8, 14.

14) Die Hypothek verhaftet richtiger Ansicht nach auch das Vermögen der Protutoren, d. h. der Personen, die das Mündelgut, ohne Vormünder zu sein, gleich als seien sie Vormünder, verwalten, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 366 und dort Zitierte.

15) l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Justinianus: Illius etiam patris, qui in sua potestate ... liberos ... habens maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, isdem liberis bona supposita esse, ad conservandas easdem maternas res decernimus. Vgl. über die einschlagenden Streitfragen Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 47, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 3.

Ehe gewonnen und infolge ihrer Wiederverheiratung an ihre Kinder aus dieser Ehe verloren haben;[16]

4. der Ehefrau wegen Rückgabe ihrer Dos am Vermögen des Mannes — Dotalhypothek[17] —, außerdem wegen ihres übrigen der Verwaltung des Mannes anvertrauten Vermögens — der Paraphernen,[18] und endlich dem Ehemanne am Vermögen des Bestellers der Dos wegen deren Entrichtung.[19 20]

5. Es besteht auch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen dessen, welchem das von seinem verstorbenen Ehegatten unter der Bedingung des Nichtwiederheiratens Hinterlassene interimistisch ausgehändigt wurde, für den Fall, daß die Bedingung nicht eingehalten wird, zu Gunsten der dann Rückforderungsberechtigten.[21]

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 270. Das pignus praetorium.

Richterliche, d. h. unter gerichtlicher Autorität begründete Pfandrechte bilden Mittel der Verfolgung und Verwirklichung der Rechte.[1] Sie stehen daher in engstem Zusammenhange mit der Verfassung und dem Verfahren der Gerichte.

In Rom bestanden zwei hierher gehörige Institutionen von verschiedenem historischen Ursprunge, nämlich das Einweisungspfandrecht — pignus praetorium — und das Pfändungspfandrecht — pignus in causa judicati captum. Beide sind nur in sehr veränderter Gestalt in das gemeine Recht übergegangen.

---

16) l. 8 § 3 C. de sec. nupt. 5, 9. Zu den lucra nuptialia gehören Schenkungen, die Dos, die propter nuptias donatio, letztwillige Zuwendungen vom Ehegatten und Inteſtaterbschaften, die dem Überlebenden in seiner Eigenschaft als Ehegatten zukommen. Vgl. unten Bd. 3 § 27.

17) Dies ist Bestandteil der Regelung der Dotalklage durch Justinian in der l. un. § 1b, c C. de rei uxoriae actione 5, 13 a. 530, vgl. l. 30 C. de jure dotium 5, 12, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 46.

18) l. 11 C. de pactis conventis 5, 14. Justinian gibt den Worten nach die Hypothek nur wegen Paraphernalkapitalien. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 393.

19) l. un. § 1b C. de rei uxoria act. 5, 13.

20) Die Legalhypothek zu Gunsten der „propter nuptias donatio“ kann hier übergangen werden, als total unpraktisch; siehe unten Bd. 3 § 25.

21) nov. 22 cap. 43 und 44, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 50; unten Bd. 3 § 83.

1) Kann der Richter in Teilungsprozessen Pfandrechte begründen? Den römischen Quellen ist dies unbekannt und auch im gemeinen Rechte kommt derartiges nicht vor. Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 177, anders Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 1. Vgl. aber auch Reichsgeſ. über die Zwangsverst. § 128.

Das prätorische Pfandrecht knüpfte sich an die Besitznahme auf Grund einer Einweisung — missio — des Prätors.[2]

Es gab vier Missionen von pfandrechtlichem Charakter.[3]

a) Die missio rei servandae causa war Einweisung in das Gesamtvermögen des Schuldners. Sie leitete das Konkursverfahren ein, wenn sich der Schuldner der Eröffnung eines Prozesses durch die Flucht entzog — fraudationis causa latitavit — oder wenn er sein Vermögen wegen Überschuldung den Gläubigern abtrat — cessio bonorum — oder wenn er verstarb und sein Nachlaß keinen Erben fand; auch diente sie der Exekution von Urteilen.[4]

b) Die missio legatorum servandorum causa wies die Legatare in die Erbschaftsmasse, falls sich der Erbe der Bürgenstellung für Vermächtnisse weigerte, deren Auszahlung nicht sofort geschehen konnte.[5]

c) Die Einweisung in das Nachbargrundstück, von welchem Schaden drohte, sicherte den bedrohten Nachbar, im Falle ihm die cautio damni infecti verweigert wurde.[6]

d) Die missio ventris nominę kommt der schwangeren Frau zu gute, wenn sie dem Erblasser präsumtiv einen künftigen Erben gebären wird. Sie setzt in die ruhende Erbschaft ein behufs Gewinnung und Sicherung von Alimenten.[7]

Der Eingewiesene erlangte mit der Besitznahme Detention und Obhut neben dem Sachbesitzer, der zunächst nicht aus dem Besitze verdrängt

---

2) Das prätorische Pfandrecht behandelt eingehend Bachofen, Pfandr. S. 281 ff., vgl. weiter Dernburg, Pfandr. S. 400 ff.

3) Die prätorischen Missionen überhaupt zerfallen in zwei Kategorien. Die Missionen der einen Art stellen den faktischen Zustand her, auf welchen der Eingewiesene ein Recht behauptet. Hierher gehören die Einweisungen von Erben in den Nachlaß, z. B. die des Geisteskranken — bonorum possessio furiosi nomine — oder des in einem dem Anschein nach rechtsbeständigen Testamente Eingesetzten. Solche Missionen begründen kein Pfandrecht. Die andere Kategorie bezweckt nicht unmittelbare Realisierung eines Anspruches, sondern nur Sicherung für dessen Erfüllung. Hier entsteht Pfandrecht. Die bezüglichen Fälle stellt l. 1 D. quibus ex causis in possessionem 42, 4 zusammen.

4) An die missio re servandae causae schloß sich die venditio bonorum — der Gesamtverkauf des Vermögens des Schuldners. Das Genauere gehört in die Darstellung des römischen Zivilprozesses. Vgl. Keller, römischer Zivilprozeß § 82, Bethmann-Hollweg, römischer Zivilprozeß Bd. 2 § 114, Bd. 2 § 159, Dernburg, bonorum emptio 1850.

5) Vgl. l. 5 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Außer der missio legatorum servandorum causa bestand die s. g. missio Antoniniana, eine Einweisung des Vermächtnisnehmers, welcher die Entrichtung des fälligen Vermächtnisses vom Erben gerichtlich gefordert und binnen 6 Monaten nicht erhalten hatte, in das gesamte ererbte und eigene Vermögen des Erben mit dem Rechte, die Früchte behufs seiner Befriedigung zu gewinnen. Vgl. unten Bd. 3 § 99.

6) Oben § 231 Anm. 14 und 15.

7) Das Nähere ist im Erbrecht darzustellen unten Bd. 3 § 159.

wurde.[8] An die Besitznahme knüpfte sich das weiteren prätorisches Pfandrecht,[9] welches jedoch eigentümlicher Art war.[10]

Die missio ventris nomine gehört dem gemeinen Recht an. Die drei anderen Missionen sind in ihrer römischen Gestalt schon im gemeinen Recht antiquiert.

Etwas Verwandtes hat die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Zwangsverwaltung von Grundstücken des Schuldners.[11]

Auch gestattet die C.P.O.[12] zum Zwecke der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung die Eintragung einer Sicherungshypothek auf die Grundstücke des Schuldners.

§ 271. Pfändungspfandrecht.

Die zweite Hauptart des richterlichen Pfandrechtes, das Pfändungspfandrecht,[1] lehnt sich zwar historisch an das römische und gemeine Recht an, hat aber durch die C.P.O. eine besondere Ausprägung erhalten.

1. Pfändung ist ein Akt, durch welchen man einem Schuldner behufs Sicherung eines Anspruches die Verfügung über ein Vermögensobjekt entzieht. Sie geschieht bei körperlichen Sachen vorzugsweise durch Aneignung des Besitzes. Ein Pfandrecht im wahren Sinne, insbesondere ein Vorrecht vor bereits bestehenden persönlichen Forderungen ist nicht notwendig in ihrem Gefolge. Aber die Pfändung kann ein solches begründen.

2. In Rom kam erst seit der Kaiserzeit und nur im Extraordinarverfahren die Vollstreckung von Urteilen durch richterliche Pfändung — pignus in causa judicati captum — in Aufnahme. Der Exekutor pfändete zunächst die Mobilien, eventuell auch die Immobilien des Schuldners und verkaufte, falls Zahlung dadurch nicht erreicht wurde, frühestens nach 2 Monaten die gepfändeten Objekte gegen bare Zahlung.[2]

---

8) l. 3 § 23 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Vgl. oben § 174 Anm. 5.

9) l. 26 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 3 disputationum: Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Als Pfandrecht faßt die Stellung des Immittierten bereits Julianus libro 44 digestorum l. 2 pr. D. pro herede 41, 5: Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

10) Erst Justinian gab in der l. 2 C. de praetorio pignore 8, 21 dem Immittierten eine actio hypothecaria.

11) R.Ges. über die Zwangsverst. §§ 146 ff.

12) §§ 866, 932.

1) Rudolph, zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 8.

Volle Durchbildung scheint das Institut nicht gefunden zu haben. Welche Rechte andere Gläubiger hatten, die sich solcher Pfändung anschließen wollten, ist nirgends unzweideutig bestimmt.[3]

3. Die C.P.O.[4] gibt dem Extrahenten der Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen.[5] Indessen erstrecken sich die Bestimmungen der C.P.O. nicht auf die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.[6]

Die Pfändung dient der Vollstreckung von Geldforderungen.

Sie geschieht an körperlichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher mittels Besitznahme der gepfändeten Objekte oder mittels dauernder, die Pfändung manifestierender Zeichen, z. B. Anlegung von Siegeln, Aufrichtung von Pfandtafeln.[7]

Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. Das durch die frühere Pfändung begründete s. g. Pfändungspfandrecht geht daher dem später durch eine s. g. Anschlußpfändung erworbenen Pfandrecht vor.

An die Pfändung kann sich die Veräußerung des Pfandstückes anschließen, und zwar frühestens nach Ablauf einer Woche. Sie hat gegen bare Zahlung zu geschehen.

4. Auch der Arrest wird durch Pfändung vollzogen. Auch er begründet nach der C.P.O. ein unbedingtes Pfandrecht.[8] [9]

---

2) Vgl. namentlich l. 15 D. de re judicata 42, 1, sowie l. 31 D. eod.

3) Gegen die Auffassung des römischen pignus in causa judicati captum als eines voll durchgebildeten Pfandrechtes hat sich Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 417 und Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 5 erklärt. Anderer Ansicht ist Stölzel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 45 S. 272, Waldeck ebendaselbst Bd. 55 S. 484 Anm. 6. Für die Gleichstellung mit dem Vertragspfandrecht beruft man sich namentlich auf l. 1 C. si in causa judicati 8, 22. Doch ist hier nicht von einer gerichtlichen Pfändung, sondern von einer Mission — jussus — und einer daraufhin erfolgten Besitznahme durch den Gläubiger selbst die Rede.

4) C.P.O. §§ 803 ff. Vgl. außer den Kommentaren zur C.P.O. auch mein bürg. R. Bd. 3 § 284 S. 790.

5) C.P.O. § 804.

6) Maßgebend ist hier vielmehr das Reichsgesetz vom 24. März 1897.

7) Nach C.P.O. § 810 können Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, gepfändet werden, vgl. oben § 78 Anm. 18. Dies war früher gemeinrechtliche Streitfrage, siehe Waldeck im Archiv für ziv. Praxis Bd. 55 n. 21.

8) C.P.O. § 930, vgl. oben § 168 bei Anm. 5.

9) Das deutsche Recht kennt Fälle rechtmäßiger Privatpfändung. Auch diese erzeugt dort ein Pfandrecht.

II. Gegenstand des Pfandrechtes.

§ 272. Verpfändbare Gegenstände.

1. Alle selbständigen Vermögensobjekte, die verkäuflich sind, können Gegenstand des Pfandrechtes werden.[1] Ein Pfandrecht im engeren Sinne ist aber nur an körperlichen Sachen — Immobilien oder Mobilien — möglich, die des privaten Eigentumes fähig sind.[2]

2. Die Verpfändung körperlicher Sachen kann zu einem bloßen ideellen Teile geschehen,[3] und zwar nicht nur durch einen Miteigentümer, sondern auch, was freilich selten vorkommen wird, durch den Alleineigentümer der Sache.[4] Ein derartiges Pfandrecht geht keineswegs ohne weiteres auf den reellen Teil der Sache über, in welchen sich der verpfändete ideelle Teil später durch Vertrag oder Urteilsspruch zwischen dem Verpfänder und seinem Teilhaber umsetzt. Es erhält sich vielmehr ungeändert an dem verpfändeten intellektuellen Teile,[5] sofern der Pfandgläubiger nicht bei der Auseinandersetzung zwischen den Eigentümern zugezogen ist und mitwirkt.[6]

3. Auch Sachgesamtheiten können verpfändet werden, z. B. ein Warenlager, eine Bibliothek. Hier erhebt sich die Frage, ob die einzelnen später veräußerten Stücke von der Pfandhaftung frei werden,

---

1) l. 9 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Gajus libro 9 ad edictum provinciale: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

2) Über die Verpfändung von Rechten vgl. das Nähere unten § 293. Öffentliche Gerechtsame, z. B. Beamtenstellungen, Landstandschaft sind nicht veräußerlich und demnach auch nicht verpfändbar; auch das Patronatrecht ist nicht selbständig veräußerlich oder verpfändbar. Im römisch-byzantischen Reiche jedoch gab es Beamtenstellen — militiae — die veräußerlich und verpfändbar waren. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 422 ff.

3) l. un. C. si communis res pignerata sit 8, 20.

4) So Exner, Kritik S. 63 Anm. 130. Vgl. l. 8 § 3 D. quibus modis pignus solv. 20, 6, wo der Gläubiger dem Alleineigentümer eines fundus das Pfandrecht zur ideellen Hälfte erläßt. Anders B.G.B. § 1114.

5) Die römischen Juristen erörterten die Frage zunächst bezüglich eines Nießbrauches an einem ideellen Teile. Entgegen der Ansicht des Trebatius erklärte Labeo, daß der Spruch des Teilungsrichters zwischen den Miteigentümern den Nießbrauch an dem ideellen Teile nicht verändere, „non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare", l. 31 D. de usu et usu fructu 33, 2. Diese Ansicht, die freilich mehr formell juristisch als zweckmäßig ist, wurde von den römischen Juristen angenommen und auch auf das Pfandrecht angewendet, l. 7 § 4 D. q. m. p. s. 20, 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta, cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; vgl. l. 3 § 2 D. qui pot. 20, 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10, 3.

6) l. 2 C. communi dividundo 3, 37.

und ob die einzelnen später hinzutretenden Stücke in die Verhaftung treten? Sie ist bei den verschiedenen Arten der Sachgesamtheiten verschieden zu beantworten. Handelt es sich um Sachgesamtheiten, die natürlicher- und üblicherweise beständigem Wechsel und regelmäßiger Erneuerung unterliegen, z. B. um eine Herde oder gar den Warenbestand eines offenen Ladens, so ist als Meinung anzusehen, daß das ordnungsmäßig Veräußerte entlastet und das neu Einverleibte pfandrechtlich verhaftet sei. Bei Verpfändung von Sachgesamtheiten anderer Art, z. B. der Gemäldegallerie eines Kunstfreundes, der Bibliothek eines Gelehrten, gelten nur die zur Zeit der Verpfändung inbegriffenen Stücke als verpfändet.[7]

4. Fungibilien, z. B. Getreidemassen, Geld,[8] ferner Inhaberpapiere können Gegenstand eines regelrechten Pfandrechtes sein. Nicht selten händigt aber der Schuldner seinem Gläubiger derartige Objekte, insbesondere Geld, zu dessen Sicherung unter der Vereinbarung ein, daß ihm nach Abwickelung des Schuldverhältnisses die entsprechende Summe zurückzuerstatten ist. Man pflegt hier vorzugsweise von Kautionen zu reden, von Amts-, Pacht-, Prozeßkautionen.[9] Ihrem Wesen nach bilden sie Pfandrecht — pignus irregulare. Die Klage auf Rückgewähr nach Abwickelung des Schuldverhältnisses ist daher eine actio pigneraticia in personam. Sie geht nicht auf Rückerstattung der verpfändeten Spezies, sondern auf Rückerstattung einer entsprechenden Summe. Auf den Gläubiger ist Eigentum, Verbrauchsrecht und Gefahr übergegangen.[10]

---

7) Vgl. oben § 68. Die Meinungen sind sehr geteilt, siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 59 und dort Zitierte; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 59; Demelius a. a. O. S. 147, 197. Die Hauptstelle ist l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. Scaevola libro 27 Digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit, ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Vgl. ferner l. 13 pr. de pign. 20, 1.

8) l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1. l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4.

9) Vgl. C.P.O. § 108.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 429, Windscheid Bd. 1 § 226a. Andere Konstruktionen vertreten L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung, Wien 1868; vgl. Strohal in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 411, Exner, Kritik S. 173 ff., Hanausek in der Beilage seiner Schrift über den uneigentlichen Nießbrauch, Kretschmar secum pensare S. 110, Demelius a. a. O. S. 204. Siehe R.G. Bd. 12 S. 223, in Strafsachen Bd. 22 S. 354.

§ 273. Umfang der Pfandhaftung.[1]

Das Pfandrecht umfaßt mit der Pfandsache einen Komplex zugehöriger Dinge. Und zwar ergreift es einiges mit zwingender Kraft gemäß Rechtsordnung, anderes nur in der Regel auf Grund der Vermutung des Verpfändungswillens.

1. Nach Rechtsnotwendigkeit tritt in die Pfandhaftung, was mit der Pfandsache zur rechtlichen Einheit verbunden ist.

Dahin gehören körperliche Erweiterungen der Sache, insbesondere auf dem Pfandgrundstücke befindliche Gebäude,[2] sowie Anpflanzungen, ferner Alluvionen, die es vergrößern.[3] Nicht minder ergreift das Pfandrecht Realrechte des Pfandgrundstückes, z. B. an dasselbe geknüpfte Grundgerechtigkeiten, Teilnahmerechte an gemeiner Weide oder Wald, Kirchstühle, Erbbegräbnisse.[4] Erlischt eine auf der Pfandsache zur Zeit der Verpfändung ruhende Last, z. B. ein Nießbrauch, so verbessert sich damit das Pfandrecht notwendig.[5]

Es macht keinen Unterschied, ob sich die gedachten Erweiterungen

---

1) Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 246 ff., Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 56.

2) l. 21 D. de pign. act. 13. 7. Vgl. R.G. Bd. 12 S. 157 über die Frage, ob in das Grundstück verbaute Materialien, deren Eigentümer sich das Eigentum vorbehält, pfandrechtlich verhaftet sind, wenn sie vom Grundstücke wieder getrennt sind.

3) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7, l. 16 pr. D. de pign. 20, 1.

4) Vgl. auch B.G.B. § 1126. Ein schwieriges Problem ist die Wirkung des Unterganges der dem Pfandgrundstücke zustehenden Servituten auf das Pfandrecht. Zieht er den Untergang des Pfandrechtes nach sich? Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen, denn an dem, was nicht mehr existiert, kann ein Pfandrecht nicht bestehen. Für den Fall des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch erkennt man dies auch allgemein an. Dagegen kann der Verzicht des Eigentümers des Pfandobjektes dem Pfandgläubiger offenbar nicht schaden, wenn die Servitut bereits zur Zeit der Verpfändung bestand und wenn er durch den Verkauf des Grundstückes ohne die Servitut nicht zu seiner vollen Befriedigung kommen kann. Vgl. B.G.B. §§ 876 ff. Sehr bestritten ist aber die Frage der Konfusion. Erhält sich also das Pfandrecht, wenn der Eigentümer des Pfandobjektes das Eigentum der dienenden Sache erwirbt? Mit gewichtigen Gründen ist man neuerdings für die Erhaltung des Pfandrechtes trotz der Konfusion, also für deren bloß relative Kraft eingetreten. In der Tat kann sie unter Umständen den Wert des Pfandrechtes sehr schmälern. So namentlich Kohler, gesammelte Abhandl. S. 295, Ihering in seinen Jahrb. Bd. 10 S. 302, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 11. Man wird dem dennoch vom Standpunkte des röm. und gem. Rechtes nicht zustimmen dürfen. Hier erscheint die Konfusion durchaus als absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends als bloß relativer Beendigungsgrund der Rechte.

5) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 226a will dies dann nicht gelten lassen, wenn der Eigentümer den Nießbrauch zurückkauft oder wenn er ihm schenkungsweise erlassen wird. Offenbar habe die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur durch Tod oder capitis deminutio untergehe. Aber der Satz ist allgemein ausgesprochen und logisch begründet. Die Distinktion Windscheids ist daher nicht zu adoptieren. So auch Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 136.

und Verbesserungen der Pfandsache beim Verpfänder vollzogen, oder erst nachdem die Pfandsache in die Hand Dritter überging.[6]

2. Die beweglichen Pertinenzen der Pfandsache sind nur in der Regel mit ihr verpfändet. Hierin liegt nichts Notwendiges, sondern bloße Vermutung des Parteiwillens. Daher gilt dies nur für Pertinenzen, die dem Verpfänder gehören, und bezieht sich nicht auf solche, die einem dritten Besitzer zu eigen sind.[7]

Auch die Früchte der Pfandsache gelten als stillschweigend mit ihr verpfändet.[8] Zur Entstehung auch dieses Pfandrechtes ist erfordert, daß die Früchte nach ihrer Trennung in das Eigentum des Verpfänders kommen.[9]

III. Die versicherte Forderung.

§ 274. Die Arten der versicherten Forderung.

1. Das Pfandrecht dient zur Sicherung von Forderungen jeder Art. Vorzugsweise handelt es sich um Geldforderungen;[1] es sichert aber auch Forderungen, deren Gegenstand Leistung von anderen Fungibilien, einer Spezies, oder von Handlungen ist.[2] Auch ob die Forderung aus

6) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) So nach den Prinzipien des gemeinen Rechtes. Über das Recht des B.G.B. vgl. §§ 1120 ff.

8) Vgl. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers 1862, Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 371 ff., Daniel Krönig, die pfandrechtliche Haftung der Früchte. Gött. In.Diss. 1891. Die Mitverpfändung der Früchte ist bestritten. Sie ergibt sich namentlich aus l. 3 C. in q. c. p. t. c. 8, 14. Alexander: Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio ad eandem causam venire nulli prudentium placuit a. 223, vgl. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Auch das Sklavenkind galt als mitverpfändet, l. 1 C. de partu pignoris 8, 24. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Paulus sent. II 5 § 2: foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Vgl. hierüber Vangerow Bd. 1 § 370 Anm. 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 442, Göppert a. a. O. S. 376, Schlayer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 S. 87. Da die sententiae von Paulus in den ersten Jahren der Alleinregierung Karakallas geschrieben sind — Fitting, römische Juristen S. 48 —, also etwa 10 Jahre vor dem zitierten Reskripte von Alexander, so hat der Gegensatz nichts Auffallendes.

9) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 5 responsorum: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Gegen die Notwendigkeit des Eigentums des Verpfänders an den getrennten Früchten erklärt sich Göppert a. a. O. S. 379. Aber seine Gründe sind nicht ausreichend. Vgl. auch Czyhlarz, Forts. v. Glück I S. 418 Anm. 27. — Über das Recht des B.G.B. vgl. §§ 1120, 1212.

1) Vgl. oben § 261.

2) l. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

Kontrakt, Delikt oder anderen Gründen entspringt, kommt nicht in Betracht.[3]

2. Für nichtige oder durch peremtorische Exzeption völlig entkräftete Forderungen kann ein wirksames Pfandrecht nicht begründet werden,[4] wohl aber für klaglose Forderungen — naturales obligationes.[5] Es erwächst dann eine Pfandklage, obgleich das Hauptrecht, die versicherte Forderung, der Klagbarkeit entbehrt.[6]

3. Das Pfandrecht kann zu Gunsten fälliger, betagter, bedingter und auch zukünftiger Forderungen in das Leben gerufen werden.[7] Verpfändungen für künftige Forderungen sind nicht bloß zulässig, wenn bereits ein Verhältnis besteht, aus welchem sie sich entwickeln können, z. B. ein Gesellschaftsvertrag, ein Mandat, sondern auch wenn sich ein solches noch nicht findet.

4. Auch Pfandrechte für künftige Forderungen datieren vom Augenblicke der Pfandkonvention an, sofern die Parteien es unmittelbar begründen wollen.[8]

§ 275. Umfang der versicherten Forderung.[1]

1. Das Pfand haftet für alle Erweiterungen der versicherten Forderung, welche von Rechts wegen erwachsen. Dies gilt für gesetzliche

---

3) Vgl. l. 8 § 5, l. 70 § 5 D. de fidej. 46, 1.

4) l. 11 § 3 in fine D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de nautico faenore 22, 2. In der Pfandbestellung kann eine Konfirmation der nichtigen Forderung liegen. Vorausgesetzt ist hierzu, daß der Pfandbesteller im Augenblicke der Verpfändung die Mängel der Obligation kannte, für die er ein Pfandrecht bewilligt, und daß er die Fähigkeit hat, sie zu konfirmieren. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 74 und dort Zitierte.

5) l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio et venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub condicione et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali, sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

6) l. 61 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

7) Vgl. B.G.B. §§ 1113 Abs. 2, 1209.

8) Vgl. über diese, im gemeinen Recht vielbestrittene Frage unsere früheren Auflagen. B.G.B. § 1209 bestimmt: Für den Rang des Pfandrechts — an einer beweglichen Sache — ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist. Bei Hypotheken richtet sich das Rangverhältnis nach der Reihenfolge der Eintragungen, § 879.

1) Weber, Erörterung der Frage, ob und inwiefern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Konventionalstrafe erstrecke, in dessen Versuchen S. 151, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 76.

Zinsen und überhaupt für alle Verpflichtungen infolge von Verzug und Verschuldung.

Ferner deckt das Pfand den Gläubiger für seine Ansprüche wegen Auslagen auf die Pfandsache, sowie wegen der Kosten der Pfandklage und des Pfandverkaufes.[2]

2. Die Verpfändung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die vertragsmäßigen Zinsen.[3] Doch genügt, daß der Wille sie einzuschließen in irgend einer Weise ausgedrückt ist, z. B. durch Pfandbestellung für die „Schuld".

3. Es kommt vor, daß sich aus dem Kontrakte, an welchen sich die Pfandbestellung anschließt, Verbindlichkeiten anderer Art als die beabsichtigten entwickeln, z. B. das beabsichtigte Darlehensgeschäft kommt nicht zu stande, weil die geliehenen Geldstücke dem Darleiher nicht gehörten, es entsteht aber eine condictio infolge ihrer Konsumtion durch den Empfänger der Darlehensvaluta. Haftet das Pfand für solche nicht erwartete Obligationen? Dies ist zu bejahen. Als Absicht der Beteiligten ist anzusehen, alle aus dem Geschäfte entspringenden Verbindlichkeiten durch das Pfand zu versichern.[4]

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen des Pfandrechtes.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 276. Verhältnis des Pfandrechtes zum Eigentume.[1]

Das Pfandrecht beläßt dem Eigentümer, soweit dies mit seinem Zweck vereinbar ist, die Verfügung über seine Sache. Insbesondere ist

---

2) l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. l. 6 C. de pign. 8, 13. Ebenso B.G.B. § 1210.

3) l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 6 D. de pignoribus 20, 1, l. 18 D. qui pot. 20, 4, l. 4 C. de usuris 4, 32. Nach B.G.B. § 1210 haftet die verpfändete bewegliche Sache auch für Zinsen und Vertragsstrafen, über Hypotheken vgl. § 1118.

4) Vgl. l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1. Selbstverständlich ist vollends, daß eine falsche Benennung des Geschäftes, z. B. Kauf statt Pacht, die Geltung des für dasselbe gestellten Pfandes nicht berührt.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 1 ff.

das bei der Hypothek der Fall, die ein unsichtbares, zunächst kaum fühlbares Band um die Sache knüpft.

a) Der Eigentümer der verhypothezierten Sache hat das Recht, mit seiner Sache nach freiem Ermessen zu wirtschaften. Er darf ihre Bestimmung und die Art ihrer Benutzung beliebig ändern. Nur die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden, ist ihm nicht verstattet. In solchem Falle, insbesondere bei Verschlechterung der Pfandsache oder erheblicher Erschwerung ihrer Verkäuflichkeit darf der Gläubiger die versicherte Forderung vorzeitig kündigen und die actio hypothecaria auch vor der Fälligkeit der versicherten Forderung anstellen, um schützende Maßregeln, eventuell Sequestration der Pfandsache zu erzwingen.[2] [3]

b) Der Eigentümer der Pfandsache ist befugt, sie zu veräußern,[4] und zwar Grundstücke auch in Parzellen. Der Faustpfandgläubiger hat den Eigentümer beim Verkaufe dadurch zu unterstützen, daß er die Pfandsache Kauflustigen vorweist.[5] Auch mit dinglichen Lasten, z. B. Servituten, anderen Pfandrechten, kann die verpfändete Sache noch beschwert werden. Dies alles geschieht aber unvorgreiflich der Rechte des Pfandgläubigers.

Die Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, wonach der letztere das Pfand nicht veräußern darf, ist gültig, die gleichwohl erfolgte Veräußerung dem Pfandgläubiger gegenüber nichtig.[6]

c) Verzicht des Eigentümers auf Rechte der verhypothezierten Sache

---

2) l. 14 pr. D. de pignoribus 20, 1. B.G.B. §§ 1133 ff., B.R. Bd. 3 § 235 S. 655. Dem Pfandgläubiger steht bei schuldhafter Verschlechterung des Pfandes durch den Verpfänder ferner die actio pigneraticia contraria in personam offen, l. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7. Außerdem hat er die a. legis Aquiliae. Dies ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn die versicherte Forderung der Klagbarkeit entbehrt, l. 27 D. de pign. 20. 1.

3) Ist vom Besitzer Niederreißung eines Gebäudes behufs eines Neubaues beabsichtigt, so muß sie der Gläubiger nur zugeben, wenn ausreichende Kaution für die Wiederherstellung geleistet ist. B.G.B. § 1134.

4) l. 12 C. de distract. pign. 8, 27.

5) l. 6 D. de pign. act. 13, 7. Der Verkauf einer speziell verhypothezierten Mobilie wurde nach römischem Rechte als furtum possessionis angesehen, l. 19 § 6 D. de furtis 47, 2, war aber gleichwohl nicht nichtig.

6) l. 7 § 2 D. de distractione pignorum 20, 5. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Über die Anfechtung der Lesart siehe oben § 9 Anm. 8. Überhaupt vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 20. B.G.B. § 1136 bestimmt: „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer" — des verpfändeten Grundstücks — „dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig."

ist an sich zulässig, kann aber dem Pfandgläubiger nicht entgegengestellt werden, soweit er durch denselben geschädigt ist.[7]

§ 277. Ungeteiltheit der Pfandhaftung.

Die Pfandsache haftet dem Pfandgläubiger ungeteilt für die ganze versicherte Forderung.[1] Dies hat nach einer doppelten Richtung hin Bedeutung.

1. Die Pfandsache haftet ganz für jeden Rest der Schuld, sei es an Kapital, sei es an mitversicherten Zinsen.[2] Sie kann bis zu deren völliger Abtragung ganz vindiziert, ganz verkauft werden.

2. Die ganze Pfandsache haftet für die versicherte Forderung.

Wird die Pfandsache geteilt, so haftet daher jede Parzelle dem Gläubiger für die ganze Forderung. Der Besitzer der Parzelle, welchen der Gläubiger angreift, kann diesen nicht mit dem Betrage abfinden, welcher dem Verhältnisse des Wertes der Parzelle zu dem der Pfandsache entspricht.

Die ungeteilte Haftbarkeit tritt besonders hervor, wenn der Pfandschuldner oder der Pfandgläubiger von mehreren beerbt wird:

a) Hinterläßt der Pfandschuldner mehrere Erben, so zerfällt die persönliche Forderung regelrecht in Teilforderungen gegen die einzelnen Erben. Auf das Recht des Gläubigers am Pfande hat diese Teilung aber keinen Einfluß. Der Gläubiger kann daher auch die Quote des Pfandobjektes, die auf den Miterben fällt, welcher seine Schuldrate vollständig abgetragen hat, bis zur völligen Tilgung der ganzen versicherten Forderung in Anspruch nehmen. Er belangt also jeden Miterben als Pfandbesitzer rechtsgültig, auch wenn er ihn nicht mehr als persönlichen Schuldner verfolgen kann.[3]

---

7) Oben § 273 Anm. 4. Unrichtig Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 19.

1) Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 S. 188 ff.; Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 28; Demelius a. a. O. S. 163. Das Pfandrecht ist nicht, wie ältere Juristen lehrten, unteilbar. Denn als unteilbar läßt sich nur das Recht bezeichnen, welches absolut und unter allen Umständen der Zerlegung widerstrebt. Das Pfandrecht aber kann infolge des Willens der Beteiligten geteilt werden. Richtig ist nur, daß die Teilung oder Verminderung der versicherten Forderung eine Teilung des Pfandrechtes nicht von selbst im Gefolge hat. Daher spricht Papinian in der l. 65 D. de evict. 21, 2 von der „indivisa pignoris causa". Nach B.G.B. § 1132, § 1222 haftet jede von mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Sachen für die ganze Forderung.

2) l. 85 § 6 D. de U. O. 45, 1.

3) l. 8 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 31.

b) Hinterläßt der Pfandgläubiger mehrere Erben, so teilt sich zwar die persönliche Forderung unter sie. Aber jedem Erben haftet das Pfand solidarisch für seine Forderungsrate.[4]

Die Miterben haben untereinander die actio familiae erciscundae behufs Ausgleichung.[5]

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 278. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.

1. Der Faustpfandgläubiger erhält mit der Verpfändung juristischen Besitz des Pfandes. Doch läuft die Ersitzung des Verpfänders während der Besitzzeit des Pfandgläubigers.[1]

In Rom hatte auch der Hypothekar Recht auf den Besitz der Pfandsache, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt war.[2] Dies war bereits der gemeinrechtlichen Praxis fremd. Nach Reichsrecht kann der Hypothekar nur die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung beantragen.

2. Bezüglich des Rechtes und der Pflicht des Pfandgläubigers wegen der Nutzungen der verpfändeten Objekte, die er im Besitze hat, ist zu unterscheiden:

a) Werden Objekte versetzt, die zum persönlichen Gebrauche des Verpfänders, nicht zum Gelbertrage dienen, z. B. Kleider und Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr und sein Schmuck, so darf sie der Gläubiger ohne spezielle Genehmigung des Verpfänders weder in persönlichen Gebrauch nehmen, noch anderen vermieten. Er begeht sonst ein furtum usus und haftet infolgedessen selbst für Zufälle, die der Sache beim Gebrauche zustoßen.[3]

b) Anders bei Verpfändung von Objekten, die dem Schuldner durch ihren ökonomischen Ertrag zu dienen pflegen. Hier ist der Gläubiger berechtigt und sogar verpflichtet, die Nutzungen zu gewinnen.[4] Er erwirbt die Früchte mit der Perzeption.[5]

4) l. 1 C. unus ex pluribus 8, 31. Imp. Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. a. 257. Vgl. l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7, l. 11 D. de distr. pign. 20, 5.

5) Über die schwierige l. 29 D. fam. erc. 10, 2 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 43 ff.

1) l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3, abgedruckt oben § 173 Anm. 4.

2) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 53.

3) l. 55 pr. D. de furtis 47, 2. Gajus libro 13 ad edictum provinciale: Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Vgl. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.

4) l. 1—3 C. de act. pignerat. 4, 24. Kohler, pfandrechtliche Forschungen, S. 182 ff. Ebenso B.G.B. §§ 1212 ff., vgl. B.R. Bd. 3 § 269 S. 753.

Der Ertrag ist zunächst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anzurechnen, etwaiger Überschuß herauszugeben.

3. Hat der Pfandgläubiger ein unverzinsliches Darlehen gegeben und besitzt er ein fruchttragendes Pfand vom Schuldner, so darf er Früchte für sich bis zum Belaufe des landesüblichen Zinses zurückhalten.[6] Man bezeichnet dies Recht gewöhnlich als stillschweigende Antichrese.[7]

4. Eine Antichrese im wahren Sinne ist der Vertrag, durch welchen einem Gläubiger die Nutzung einer Sache an Stelle der Zinsen einer Forderung eingeräumt wird.[8] Eine Antichrese ist auch ohne Verpfändung denkbar. Aber das Gewöhnliche ist, daß man den antichretischen Gläubiger auch sicherstellt; daher sieht man im Zweifel in der Bestellung der Antichrese eine Verpfändung.[9] Die Antichrese ist bei Mobilien wie Immobilien möglich. Der Gläubiger ist zur Rechnungsstellung nicht verbunden. Denn er darf die Nutzungen behalten, auch wenn sie die Zinsen überschreiten, kann aber auch keine Zinsen fordern, wenn die Nutzungen geringer sind oder ganz ausfallen.[10]

Verstößt die Antichrese gegen das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880, so ist sie strafbar und nichtig.[11] [12]

§ 279. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen.[1]

Der Pfandgläubiger darf das Pfand, in dessen Besitze er ist, trotz Tilgung der versicherten Forderung wegen anderer bloß chirographarischer Geldforderungen, die er gegen den Verpfänder hat, zurückhalten.

---

5) l. 1, l. 3 C. de act. pign. 4, 24, l. 39 D. de pign. act. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 71. Nach B.G.B. § 954 vollzieht sich der Eigentumserwerb „mit der Trennung".

6) l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Die Bestimmung entfließt ziemlich willkürlicher Billigkeit, vgl. Dernburg Bd. 2 § 89. Roedenbeck, die Antichresis. Halle 1874 S. 33. Eine andere Auffassung hat Stephan im Archiv für ziv. Praxis Bd. 30 S. 355 ff.

7) Vgl. Roedenbeck, die Antichresis, Kohler a. a. O. S. 73. B.G.B. kennt die stillschweigende Antichrese nicht.

8) l. 11 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Anders Windscheid Bd. 1 § 234 Anm. 5, Kohler a. a. O. S. 73.

9) l. 33 D. de pign. act. 13, 7. Hiernach gestaltet sich die Antichrese in der Regel als Nebenvertrag der Verpfändung. Von diesem Verhältnis hat die Theorie als dem regelmäßigen bei Entwickelung der Rechtssätze der Antichrese auszugehen.

10) l. 14, l. 17 C. de usuris 4, 32.

11) Über das kanonische Recht vgl. Glück Bd. 14 S. 120.

12) Das B.G.B. läßt Antichresis an beweglichen Sachen zu, vgl. § 1214 Abs. 3,

So verordnete Kaiser Gordian;[2] denn ihm erschien die Rückforderung des Pfandes seitens des Schuldners, der andere Verpflichtungen noch nicht erfüllt hatte, als Dolus. Immerhin ist dies Retentionsrecht singulärer Art. Denn in der Regel setzt das Retentionsrecht Konnexität der Ansprüche voraus, d. h. eine wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Ansprüche, welche entweder durch denselben Entstehungsgrund oder durch die Beziehung auf dasselbe Objekt gegeben ist.[3] Derartiges liegt hier nicht vor.

Nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber greift dies Retentionsrecht nicht ein. Ebensowenig gegenüber der Konkursmasse des Verpfänders.[4]

III. Der Pfandverkauf.

§ 280. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria.

Das Recht des Pfandverkaufes ist wesentlicher Bestandteil des ausgebildeten Pfandrechtes. Dasselbe scheidet das Pfandrecht vom bloßen Retentionsrechte.

1. Ursprünglich war freilich das Verkaufsrecht dem römischen pignus fremd. Der Gläubiger war vielmehr auf die Rückhaltung und etwaige Nutzung des Faustpfandes beschränkt. Dann fügte man ähnlich wie bei der fiducia[1] den Pfandverträgen eine besondere Konvention ein, welche den Gläubiger zum Pfandverkaufe ermächtigte — das pactum de vendendo pignore.[2] Zur Zeit der späteren klassischen Juristen endlich galt diese Ermächtigung ohne weiteres als in der Verpfändung inbegriffen,[3] ja man versagte sogar dem vertragsmäßigen Ausschlusse

an Grundstücken kann sie dinglich nicht mehr begründet werden; über bestehende Antichresen vgl. R.G. Bd. 47 S. 56.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 92.

2) l. un. §§ 2 und 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Imp. Gordianus . . . ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, restituere eam propter exceptionem doli mali non cogeris. jure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. Quod in secundo creditore locum non habet . . .

3) Vgl. oben § 138 Anm. 18.

4) Früher war dies Kontroverse. Für das Retentionsrecht gegenüber der Konkursmasse erklärte sich u. a. Vangerow Bd. 2 § 382. Dagegen Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 106. Nach der K.O. ist die Verneinung zweifellos. B.G.B. hat dies Rückhaltungsrecht überhaupt beseitigt.

1) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia.

2) Gaj. Inst. II 64, l. 74 D. de furtis 47, 2 von Javolenus.

3) Aus den nichtjustinianischen Quellen ergibt sich, daß man bis Justinian auch in solchem Falle 3 Mahnungen forderte. Paul. sent. II 5 § 1, römisch-syrisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 28, 145, 272.

des Pfandverkaufes die gewollte Wirkung. Ein derartiges Verbot verpflichtet seitdem den Gläubiger nur zu dreimaliger Mahnung, ehe er zum Verkaufe schreitet.[4] [5]

2. Mit dieser Entwicklung ging eine Vertiefung der juristischen Auffassung Hand in Hand. Woher stammt, dies war die Grundfrage, das Recht des Pfandgläubigers, Eigentum zu übertragen, obgleich er selbst nicht Eigentümer ist? Kann doch niemand mehr Rechte geben, als er hat.[6] Hierauf wußte man ursprünglich nur zu antworten, daß der Gläubiger aus Vollmacht und mit dem Willen des Schuldners auf Grund des Vertrages über den Pfandverkauf veräußere.[7] Aber dies stand mit dem realen Verhältnisse nicht im Einklange. Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe auch gegen den Widerspruch des Schuldners, auch nach dessen Tode befugt. Und doch heben Widerruf und Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht auf. Der Pfandgläubiger kann ferner noch verkaufen, wenn der Verpfänder das Eigentum der Pfandsache verloren hat. Er tut dies also nicht in dessen Namen.

Die Befugnis zum Pfandverkaufe bildet, dies ist die richtige Erklärung, einen Bestandteil des dinglichen Rechtes des Pfandgläubigers. Dieser handelt daher bei dessen Vornahme aus eigenem Rechte und im eigenen Interesse, nicht aus fremdem Rechte und in fremdem Interesse.[8]

3. Im älteren römischen Rechte war die Zufügung einer lex commissoria bei den Pfandverträgen sehr häufig. Der Pfandverkauf

---

4) l. 4 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 41 ad Sabinum. Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere, sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur. ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat, ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. Vgl. im übrigen die bisherigen Auflagen.

5) Die Glosse frägt: sed haec denuntiatio num quid una vice fiat: solve, solve, solve? Resp. non, sed triduum inter quamlibet debet esse! Das römisch-syrische Rechtsbuch fordert „Mahnung zu drei Zeiten". Es muß eine den Umständen nach zu bemessende Frist zur Beschaffung von Zahlungsmitteln zwischen den Mahnungen liegen. Vgl. Bruns und Sachau S. 28, 272.

6) l. 54 D. de R. J. 50, 17.

7) Gaj. Inst. II § 64. Daher lehren auch viele Neuere, daß der Pfandgläubiger „procuratorio jure" verkaufe, vgl. die bei Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 110 Zitierten.

8) In diesem Sinne entscheidet Papinian in der l. 42 D. de pign. act. 13, 7 „in venditione . . . suum creditor negotium gerit". Ulpian findet, daß die Gläubiger, indem sie debitoris fundum vendunt, doch jus suum exsequuntur, l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9, und Paulus spricht aus, daß der Pfandgläubiger jure suo das Pfand verkauft, l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

erstrebte eine billige, die lex commissoria aber eine rasche und schneidige Lösung. Denn infolge der lex commissoria fällt das Eigentum der Pfandsache an den Gläubiger statt der Forderung. Dieser hat also, wenn die Schuld fällig und nicht bezahlt ist, die Wahl: die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen, oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der lex commissoria abzustehen.[9]

Konstantin verbot die lex commissoria und erklärte sie für nichtig.[10] [11] Damit ist aber nicht jeder Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung der versicherten Forderung ausgeschlossen.[12] Namentlich nicht ein Verkauf gegen den Schätzungswert.[13] Nur Verkäufe, welche das Verbot der lex commissoria umgehen sollen, sind unzulässig.[14]

§ 281. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandgläubiger ist zum Privatverkaufe des Pfandes befugt, ohne das Gericht in Anspruch nehmen zu müssen. Er bestimmt die Art der Vornahme.[2] Er kann daher, wie mittels öffentlicher Versteigerung, so auch aus freier Hand veräußern.

Die Voraussetzungen sind teils materielle, teils formelle.

1. Materielle Voraussetzungen des Pfandverkaufes sind:

a) Fälligkeit der versicherten Forderung und Nichttilgung derselben. Der Verkauf ist zulässig, wenn auch nur einzelne Raten der Forderung fällig und im Rückstande sind.[3]

---

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 273 ff.

10) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.

11) Manche Juristen betrachteten das Verbot der lex commissoria als beseitigt durch die Aufhebung der s. g. Wuchergesetze mittels des Bundesgesetzes vom 14. November 1867. Aber mit Unrecht. Denn die lex commissoria ist gegen eine bestimmte Art der Realisierung des Pfandrechts gerichtet und hat keinen direkten Zusammenhang mit den Zinsgesetzen. So auch R.G. Bd. 2 S. 333, Bd. 4 S. 51.

12) l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

13) l. 16 § 9 D. de pignor. 20, 1.

14) B.G.B. § 1149, § 1229 verbietet ebenfalls die l. commissoria.

1) Platner im Archiv für ziv. Praxis Bd. 32 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 108 ff., Hubert, du droit de vente du créancier hypothécaire. thèse. Toul. 1892.

2) Nach B.G.B. §§ 1235 ff. ist der Verkauf des beweglichen Pfandes zwar Privatverkauf, aber im Wege öffentlicher Versteigerung nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung von Ort und Zeit und unter der Bedingung sofortiger Barzahlung zu bewirken. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 §§ 270 ff. S. 754.

b) *Mahnung* des Gläubigers zur Zahlung, so daß der Schuldner in Verzug gerät.[4]

Nicht erforderlich ist *Liquidität* der versicherten Forderung, d. h. vorgängige Feststellung durch *rechtskräftiges Urteil* oder *gerichtliches Geständnis*.[5] Auch gerichtliche *Vollstreckbarkeit* der Forderung ist nicht notwendig. Der Gläubiger verkauft aber auf seine Gefahr. Denn wenn ihm das Veräußerungsrecht fehlte, weil z. B. die versicherte Forderung noch nicht fällig war, wird er dem Eigentümer und Verpfänder der Sache, falls sie die Restitution derselben von ihm fordern, und seinem Käufer, falls dieser vom Eigentümer evinziert wird, ersatzpflichtig.

2. Formell ist zum Verkaufe erforderlich vorgängige Anzeige desselben an den Pfandschuldner.[6]

Justinian forderte in Ermangelung anderer Vereinbarung eine Wartefrist von 2 Jahren für den Pfandverkauf.[7] Gemeinrechtlich wurde diese Bestimmung aber wohl nicht.[8]

Der Zeitpunkt des Verkaufes unterliegt der Bestimmung des Gläubigers.[9] Derselbe ist nicht verantwortlich, wenn er günstige Konjunkturen zum Verkaufe ungenutzt ließ, denn er ist dem Verpfänder nicht zum Verkaufe verpflichtet.[10] Er darf auch unter ungünstigen Verhältnissen veräußern. Dies ist sein Recht.

Der Gläubiger, welchem mehrere Pfänder für dieselbe Forderung haften, bestimmt frei darüber, ob er alle zusammen oder vorerst eines oder das andere zum Verkaufe bringt.[11]

---

3) Über l. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7 siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 120.

4) l. 18 C. de adm. tut. 5, 37. Auch das römisch-syrische Rechtsbuch, Bruns und Sachau S. 28 fordert Mahnung und Verzug des Schuldners. Vgl. Dernburg, Bd. 2 S. 122. Gegen das Erfordernis des Verzuges viele Neuere, u. a. Windscheid Bd. 1 § 237 Anm. 3. Dagegen auch B.G.B.

5) Übereinstimmend B.G.B. Über die l. 5 C. de distractione 8, 27 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 172. Der Pfandverkauf ist hier unzulässig, weil der Schuldner nicht in Verzug, vielmehr bereit ist, das von ihm Geschuldete zu zahlen und nur über die Summe infolge gerechter Zweifel auf gerichtliche Entscheidung provoziert.

6) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27. Diese Bekanntmachung ist mit der Mahnung zur Schuldzahlung nicht zu identifizieren. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 135. Nach B.G.B. § 1234 muß der Mobiliarpfandgläubiger dem Eigentümer den Verkauf vorher androhen und dabei den Geldbetrag bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen.

7) l. 3 § 1 C. de jure dominii impetrando 8, 33.

8) Vgl. die bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 143 Anm. 8, S. 144 Anm. 9 Zitierten.

9) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia, wonach der Gläubiger verkaufen darf „ubi et quo die vellet".

10) l. 6 pr. D. de pign. act. 13, 7.

3. Der Gläubiger ist verbunden, bona fide zu verkaufen.[12] Insbesondere hat er einen möglichst günstigen Preis zu erzielen — natürlich aber nicht auf Kosten der Sicherheit.[13]

Pflichtwidriger Verkauf ist nicht nichtig, vorausgesetzt, daß die notwendigen Formen gewahrt sind.[14] Denn der Gläubiger hat gültig auf Grund seines dinglichen Rechtes verkauft. Dem beschädigten Pfandschuldner stehen daher nur persönliche Ansprüche auf Entschädigung zu, und zwar zunächst gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa, und subsidiär gegen den Käufer des Pfandes, welcher am Betruge des Verkäufers teil hatte, die actio doli.[15]

4. Nicht kaufen kann das Pfand vom Gläubiger dessen Eigentümer. Denn der Kauf der eigenen Sache ist nichtig.[16]

Ebensowenig kann der Pfandgläubiger das Pfand von sich selbst erstehen. Auch Kauf durch eine vorgeschobene Person, die für ihn handelt, ist nichtig.[17] [18]

Führt aber der Versuch des Pfandverkaufes zu keinem Resultate und bleibt eine nochmalige Mahnung an den Schuldner ohne Erfolg, so kann der Gläubiger Zuschlag der Sache nach ihrem Taxwerte vom Regenten fordern — dominii impetratio.[19] Auch nach dem Zuschlage behält der Schuldner das Auslösungsrecht gegen Kapital,

---

11) l. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia. B.G.B. § 1230 bestimmt für das Mobiliarpfand: Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

12) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. l. 10 D. de in diem addictione 18, 2.

13) Vgl. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

14) l. 7 C. de distr. pign. 8, 27.

15) l. 4, 5 C. si vendito pignore agatur 8, 29.

16) l. 39 pr. D. de c. e. 18. 1. l. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7. vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 161. Die Nichtigkeit des Kaufes der eigenen Sache hindert natürlich den Verpfänder nicht, dem Gläubiger das Pfandrecht abzukaufen oder, genau gesprochen, eine Abfindungssumme für den Verzicht auf das Pfandrecht zu gewähren. Aber die Rechte nachstehender Pfandgläubiger werden durch ein solches Geschäft nicht aufgehoben. Nach B.G.B. § 1239 können der Pfandgläubiger und der Eigentümer bei der Versteigerung verpfändeter beweglicher Sachen mitbieten. Gleiches gilt für die Immobiliarpfandrechte.

17) l. 10 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Paul. sent. II 13 § 4. Ist der Gläubiger befugt, eine für ihn gepfändete Sache, welche nach C.P.O. §§ 820 und 821 vom Gerichtsvollzieher aus freier Hand verkauft werden darf, zu kaufen? Dafür zwar die Motive. Für richtig ist das aber nicht zu erachten. Auch würden unkontrollierbare Durchstechereien dann wohl möglich sein.

18) Auch der Bürge des Pfandschuldners, sowie der Nachhypothekar sind nicht im stande, das Pfand für sich vom ersten Gläubiger zu erwerben. l. 2 D. de distr. pign. 20, 5, l. 5 § 1, l. 6 D. eod., l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

19) l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 33, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 240.

Zinsen und Schadensvergütung noch während 2 Jahren. — In Deutschland trat das Gericht an die Stelle des Regenten.

§ 282. Die Wirkungen des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandverkauf begründet neue Rechtsverhältnisse und hat die Auflösung der alten im Gefolge.

1. Gewöhnlicher Verkauf verbindet den Verkäufer zur Übergabe der Pfandsache und Gewährleistung, den Käufer zur Preiszahlung. Der Pfandverkauf hat entsprechende Folgen:

a) dem Pfandgläubiger liegt die Übergabe der Pfandsache an den Käufer ob.[2]

Wegen Entwährung der verkauften Sache durch Dritte steht er aber dem Käufer nur im beschränktem Maße ein.[3] Die volle Haftung zu übernehmen, ist ihm nicht zuzumuten, da er eine fremde Sache verkaufte, und zwar aus Notwendigkeit. Nur dafür hat er Gewähr zu leisten, daß ihm die Sache an erster Stelle verpfändet war.[4] Außerdem haftet er in Fällen des Dolus, namentlich wenn er wußte, daß die verkaufte Sache dem Verpfänder nicht gehörte,[5] ferner infolge der Übernahme besonderer Garantie gegen Entwährung, und endlich wenn er beim Verkaufe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab.[6]

b) Der Käufer des Pfandes ist dem Verkäufer zur Zahlung des versprochenen Kaufpreises verbunden. Wenn ihm die verkaufte Sache

---

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 169.

2) Ist der Pfandgläubiger nicht im Besitze, so steht ihm gleichwohl das Verkaufsrecht zu, und er haftet dann dem Käufer, welcher in Kenntnis dieses Umstandes den Kauf abschloß, bloß für Abtretung seiner Klagerechte. So erklärt sich die l. 13 D. de distractione pignorum 20, 5, Paulus libro 1 decretorum: Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. Nach dem Recht des B.G.B. gilt dies nicht, vgl. §§ 1231, 1232.

3) Vgl. Moreau, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.

4) l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 45. Alexander. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim repromissum a privato fuerit. si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat. sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus. Vgl. weiter l. 10 D. de distr. pign. 20, 5, l. 11 § 16 D. d. a. e. v. 19, 1.

5) l. 2 C. creditorem evictionem 8, 45.

6) B.G.B. § 1242 Abs. 1 bestimmt dagegen: Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Vgl. hierzu Bürg. R. Bd. 3 § 272 S. 759.

entwährt wird, kann er den gezahlten Preis nicht vom Verkäufer zurückfordern.[7]

c) Es erhebt sich die Frage, ob der Käufer im Falle der Entwährung wenigstens einen Anspruch gegen den Schuldner hat, welcher durch die Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger befreit ist? Ein Vertragsanspruch gegen den Schuldner steht dem Käufer nicht zu, denn mit dem Schuldner hat er nicht kontrahiert. Aber dieser ist auf seine Kosten bereichert; um deswillen kann er im Falle der Entwährung vom Schuldner Erstattung des gezahlten Preises fordern.[8]

2. Zweck und regelmäßige Folge des Pfandverkaufes ist Tilgung der versicherten Forderung.

Aufzurechnen sind die vereinnahmten Kaufgelder, nicht weniger was durch Schuld des Gläubigers, insbesondere durch nachlässige Beitreibung am Kaufpreise verloren ging.[9]

Der Betrag des Kaufpreises, welcher die versicherte Forderung übersteigt — die hyperocha —, ist dem Verpfänder zu erstatten,[10] und

---

7) l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1. Vgl. auch l. 68 D. de evict. 21, 2 und oben § 36 Anm. 18.

8) Den römischen Juristen machte die Klage gegen den Schuldner große Schwierigkeiten. Sie schlugen verschiedene Wege ein. Ulpianus libro 2 disputationum l. 38 D. de evict. 21, 2 ersann folgenden Modus: In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem, et magis est, ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? Dies ist gekünstelt. Der Gläubiger selbst hat die actio pigneraticia nicht mehr; denn er ist durch den Pfandverkauf befriedigt. Gleichwohl soll diese in seiner Hand leere Klage dem Käufer nach der Zession dienen! Anders l. 12 § 1 D. de distractione pignorum 20, 5 von Tryphonin in seinen Disputationen. Der Jurist erörtert hier die Frage, ob der Gläubiger, dem sein Schuldner eine fremde Sache verpfändete, den infolge Pfandverkaufes erlösten Preis auf die versicherte Forderung aufzurechnen habe, dabei ist die Bemerkung eingeschoben: sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat. Die hier gedachte Klage ist die actio negot. gestorum contraria. Nur sie paßt auf beide Fälle, von denen die Stelle handelt. Doch ist die Begründung beider Fälle verschieden. Der Eigentümer stützt seine Klage auf seinen Verzicht hinsichtlich der Vindikation seiner Sache, der Käufer auf die Zahlung des Kaufpreises, welche dem Schuldner zu gute kam. Anderer Ansicht ist Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre der Bereicherung 1878 S. 8. Vgl. aber Moreau a. a. O. S. 17. Endlich gibt Hermogenian in der l. 74 § 1 D. de evictionibus 21, 2 dem Käufer im Falle des Verkaufes eines pignus ex causa judicati geradezu eine actio ex empto utilis gegen den befreiten Schuldner auf Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen. Siehe das Nähere bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 191.

9) l. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5; vgl. auch l. 26 D. de solut. 46, 3. Kretschmar secum pensare S. 100.

10) l. 42 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg a. a. O. S. 217, l. 24 § 2 D. eod., l. 20 C. de distr. pign. 8, 27.

zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger die überschießende Summe zu eigenen Zwecken verwendete, oder in Verzug versetzt ist.[11]

Soweit der Pfanderlös zur Befriedigung der versicherten Forderung nicht ausreicht, bleibt dieselbe bestehen.[12]

Das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers erlischt mit der Übereignung der Pfandsache an den Käufer.[13] Auch nachstehende Pfandgläubiger können nach dem Verkaufe durch den ersten Pfandgläubiger ihr Pfandrecht nicht mehr geltend machen.[14]

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 283. Die hypothekarische Klage.

Die Klage zur Geltendmachung des Pfandrechts heißt nach ihrem Schöpfer actio Serviana und quasi Serviana, nach ihrem Inhalte hypothecaria oder in rem pigneraticia.[1] Sie bezweckte in Rom in allen Fällen **Herausgabe des Besitzes der Pfandsache**, mochte ein Faustpfandgläubiger den verlorenen Besitz oder ein Hypothekar Besitz, den er noch nicht inne hatte, einklagen. Hiernach bestimmen sich die Einzelheiten der Klage.

1. Klageberechtigt ist der nichtbesitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Fähigkeit der Herausgabe der Pfandsache hat, also der juristische Besitzer, wie auch der bloße Detentor[2] nach denselben Grundsätzen wie bei der Eigentumsklage.[3]

Für die Pfandklage kommt nicht in Betracht, ob der Beklagte persönlicher Schuldner ist oder nicht. Beklagte, welche dem Gläubiger nicht persönlich zur Schuldzahlung verbunden sind, vielmehr nur dinglich der Pfandklage unterliegen, pflegt man **dritte Besitzer** zu nennen.

11) l. 6 § 1, l. 7 D. de pign. act. 13, 7.

12) l. 10 C. de obl. et act. 4, 10.

13) Paulus sent. II 13 § 4. l. 15 C. de distr. pign. 8, 27.

14) l. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5, l. 6 C. qui pot. 8, 17, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10. Dernburg a. a. O. S. 228. B.G.B. § 1242 Abs. 2 besagt: Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 126 ff. Vgl. über die Entwicklung der hypothekarischen Klage oben § 263.

2) l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. nam si non possideat, nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aeque absolvendus est. Der letzte Satz erklärt sich daraus, daß die Klage eine arbitraria war. Vgl. oben § 133, § 224 bei Anm. 5.

3) Vgl. oben § 225 Ziff. 3.

Auch Nichtbesitzer können wegen Dolus mit der Pfandklage in den Fällen der s. g. ficta possessio belangt werden, entsprechend den Grundsätzen der Eigentumsklage.[4]

2. Bezüglich des Zeitpunktes der Pfandklage ist zwischen dem Faustpfandgläubiger und dem Hypothekar zu unterscheiden. Der Faustpfandgläubiger ist befugt, auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung auf Rückgabe der Pfandsache zu klagen, wenn er deren Besitz verloren hat; dem Hypothekar steht die Klage in der Regel erst offen, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt ist; vorher kann er nur in Fällen besonderer Gefährdung klagen.[5]

3. Zu beweisen hat Kläger sein Pfandrecht und den Besitz des Beklagten. Behufs des Beweises des Pfandrechtes hat er den Pfandkontrakt oder einen anderen Entstehungsgrund, sowie regelrecht Eigentum des Verpfänders im Augenblicke der Verpfändung darzutun.[6] Im Falle der Einklagung einer Hypothek muß er auch Fälligkeit der versicherten Forderung beweisen.[7]

4. Zweck der Klage ist Anerkennung des Pfandrechtes und Herausgabe des Besitzes der Pfandsache.[8] Auch die nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchte, sowie die zur Zeit der Klageerhebung beim Beklagten vorhandenen Früchte sind herauszugeben — sofern die Pfandsache nicht zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht.[9]

5. Verteidigungsmittel des Beklagten sind:

a) Tilgung der Forderung des Klägers. Hiermit erlischt dessen

---

4) Siehe die l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

5) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Über Pfandbestellung für bedingte Forderungen und bedingte Pfandbestellungen für unbedingte Forderungen siehe l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 296, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 3.

6) l. 23 D. de probat. 22, 3, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) Vgl. l. 10 C. de act. pign. 4, 24. Dies nur unvorgreiflich der Anm. 5 behandelten Klage.

8) Kommt es wegen Nichtherausgabe der Pfandsache zur Verurteilung des Beklagten in Geld, so ist der Schuldner und der dritte Besitzer zu unterscheiden. Der Schuldner wird nur auf die Summe der versicherten Schuld verurteilt, der dritte Besitzer auf den Betrag des Wertes der Pfandsache. Das Mehr über die versicherte Forderung hinaus hat dann der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner zu restituieren, l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1, vgl. übrigens auch l. 16 § 6 D. eod. und hierüber Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 316, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 8.

9) l. 16 § 4 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit. Über die Pflicht zur Restitution der Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 319 und dort Angeführte, Petrażycki, Fruchtverteilung S. 184.

Pfandrecht, so daß die Pfandklage ihre Basis verliert und zurückzuweisen ist.[10]

Dies ist Rechtskonsequenz, nicht besondere Rechtswohltat. Daher kann selbst ein bösgläubiger Besitzer der Pfandsache durch Angebot der Zahlung und, wenn dasselbe nicht angenommen wird, durch Deposition der Schuldsumme die Pfandklage vereiteln.[11]

b) Gutgläubige dritte Besitzer der Pfandsache haben das s. g. beneficium cedendarum actionum, d. h. sie können gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Zession der Klagen desselben verlangen. Weigert der Gläubiger die Zession, so wird er mit der Pfandklage zurückgewiesen.[12]

c) Dritte Besitzer der Pfandsache haben ein Retentionsrecht wegen Verwendungen auf dieselbe, und zwar wegen notwendiger schlechthin, wegen nützlicher nur, wenn sie in gutem Glauben besaßen.[13]

d) Häufig geschah es in Rom, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Spezialpfand gab und außerdem sein ganzes Vermögen verpfändete. Dann kann der Gläubiger darauf verwiesen werden, zuvörderst seine Befriedigung aus dem Spezialpfande zu suchen, ehe er die generell verpfändeten Objekte fordert. Dies Recht nennt man beneficium excussionis realis.[14]

e) Eine extreme Konsequenz des accessorischen Charakters des Pfandrechtes liegt in dem beneficium excussionis personalis, welches Justinian schuf.

Hiernach kann der dritte Besitzer der Pfandsache verlangen, daß der Gläubiger zunächst die persönlichen Schuldner — Hauptschuldner und Bürgen — durchexequiere, ehe er die Pfandklage anstellt. Die Pfänder

---

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 307, l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

11) l. 12 § 1 D. q. m. p. solv. 20, 6.

12) l. 19 D. qui pot. 20, 4. Scaevola libro 5 responsorum: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere. respondi posse videri non injustum postulare. Vgl. über diese Entscheidung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 364, siehe auch Knorr im Archiv für ziv. Praxis Bd. 28 S. 167 ff. und B.G.B. § 1225.

13) Daß der gutgläubige dritte Besitzer Retentionsrechte gegen den Pfandgläubiger wegen nützlicher Verwendungen hat, bezeugt l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Wie es aber mit dem Retentionsrechte wegen notwendiger Auslagen steht, ist sehr bestritten wegen l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2. — Der persönliche Schuldner hat nie Retentionsrechte wegen seiner Verwendungen auf die Pfandsache. Er mag seine Schuld zahlen und damit das Pfand auslösen.

14) l. 2 C. de pignoribus 8, 13, l. 9 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 370, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 24 und 25.

in dritter Hand sollen also nur in Anspruch genommen werden, sofern von den persönlichen Schuldnern nichts zu erhalten ist.[15]

Schon nach gemeinem Recht sind die römischen Grundsätze der Pfandklage wesentlich modifiziert. Denn nur der Mobiliarpfandgläubiger klagt hier noch regelrecht in römischer Weise auf Herausgabe des Besitzes, wenn ihm dieser entfremdet ist. Dagegen hat der Hypothekar nicht das Recht, den Besitz des verpfändeten Grundstückes zu fordern. Seine Klage geht vielmehr in der Regel auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit seiner Forderung in das Grundstück, sei es durch Zwangsverwaltung — Sequestration —, sei es durch Zwangsversteigerung — notwendige Subhastation. Das B.G.B. hat sich dem angeschlossen.[16]

Der Pfandgläubiger hat außer der hypothekarischen Klage die meisten der dinglichen und persönlichen Rechtsmittel, welche dem Eigentümer zustehen, insbesondere konfessorische und negatorische Klagen, die actio finium regundorum, ferner Deliktsklagen im Falle einer Beschädigung der Pfandsache. Hierüber ist bei Behandlung dieser Klagen das Nötige zu bemerken.

§ 284. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers.[1]

Wer anscheinend — prima facie — Pfandgläubiger ist, kann unter Umständen gerichtlich den Besitz der angeblichen Pfandsache erlangen, obwohl er sein Pfandrecht noch nicht vollständig bewiesen hat.

1. Die Verpächter hatten in Rom das interdictum Salvianum, mittels dessen sie den Besitz der für den Pachtzins verpfändeten, in das Pachtgut eingebrachten Objekte erlangen konnten.[2] Das einzelne ist dunkel.[3] Zweifelhaft ist, ob das Interdikt bloß gegen den Pächter, oder auch gegen Dritte ging;[4 5] streitig ist nicht weniger, ob es auf den Fall

15) nov. 4 cap. 2. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 376.

16) B.G.B. § 1227 verweist hinsichtlich des Pfandrechts an beweglichen Sachen auf die Analogie der Eigentumsansprüche. Dagegen bestimmt es über das Grundstückspfand: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung, — d. h. durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 269 S. 754.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 324.

2) § 3 J. de interdictis 4, 15. Gaj. Inst. IV. § 147.

3) Vgl. neuerdings Lenel in der Savignyztschr. Bd. 3 S. 180 ff. und edictum perpetuum S. 393; Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 149 S. 1278.

4) In der l. 1 C. de precario et de Salviano interdicto 8, 9 scheint Gordian das interdictum Salvianum gegen dritte Besitzer zu verweigern — id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit —, dagegen wird es in den Pandektenstellen l. 1 und l. 2 D. de Salviano interdicto 43, 33 nicht bloß gegen den Pächter, sondern auch gegen dritte Besitzer gewährt. Auch Theophilus zu Inst.

der Verpachtung beschränkt blieb, oder jedem Pfandgläubiger entsprechend zu gute kam.[6]

Seit dem Mittelalter gibt man das Rechtsmittel jedem Gläubiger, welcher ein Pfandrecht prima facie dartut.[7]

2. Die Verpfändungsurkunden enthielten im Mittelalter häufig Vertragsklauseln, wonach sich der Gläubiger eigenmächtig in den Besitz der verpfändeten Sache im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung setzen durfte — „pacta de ingrediendo".[8] Sie kommen auch heutzutage vor.[9] Auf Grund solcher Klauseln darf der Gläubiger eigenmächtig den Besitz der Sache an sich nehmen, aber persönliche Gewalt gegen den Schuldner ist ihm zu diesem Zwecke nicht gestattet und macht ihn strafbar. Die Einholung gerichtlicher Hilfe ist daher ratsam.

Die richterliche Hilfe geschieht in derartigen Fällen durch einstweilige gerichtliche Verfügung.[10]

§ 285. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte.[1]

Aus dem Pfandkontrakte entspringen gegenseitige persönliche Verpflichtungen des Empfängers des Pfandes und des Verpfänders. Zu ihrer

---

IV 15 § 3 gesteht es ausdrücklich gegen jeden Inhaber zu. Für das justinianische Recht ist daher die Zuständigkeit gegen dritte Besitzer entschieden anzunehmen. Das ursprüngliche und klassische Recht bleibt ungewiß. Lenel a. a. O. nimmt an, daß das Interdikt in klassischer Zeit nur gegen den Pächter ging, wie Gordian bezeuge, und daß erst im corpus juris Justinians das Rechtsmittel Ausdehnung auf dritte Besitzer erlangte, wobei l. 1 C. de precario aus Versehen stehen geblieben sei. Die l. 1 und l. 2 D. h. t. fielen dagegen nicht in das Gewicht, sie hätten ursprünglich Bezug auf die a. Serviana gehabt und seien erst infolge von Interpolationen der Kompilatoren dem interdictum Salvianum zugeschrieben worden. Lenel stützt sich namentlich darauf, daß die l. 1 § 1 D. h. t. eine Äußerung von Julian enthält, die, wie l. 10 D. de pign. 20, 1 von Ulpian ergibt, sich im Sinne ihres Autors auf die actio Serviana bezog. Es ist dies möglich; ein sicheres Resultat läßt sich aber nach Lage der Quellen kaum gewinnen.

5) Das interdictum Salvianum forderte nicht den Nachweis, daß die Pfandsache tempore conventionis in bonis debitoris war. Auf das interdictum Salvianum bezieht Lenel, edictum S. 395 die l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1.

6) Für die Ausdehnung auf andere Fälle führt man an l. 1 C. h. t. 8, 9, Paul. sent. V. 6 § 16.

7) Siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 349 und dort Zitierte.

8) Man stützte sich vorzugsweise auf l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus: Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. Vgl. auch Deputationsabschied von Speyer von 1600 §§ 31 ff. Näheres Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 329.

9) Vgl. R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

10) C.P.O. § 940. Auch das „interdictum Salvianum" wird nach der C.P.O. nur mittels einstweiliger Verfügung durchzuführen sein.

1) Tit. Dig. de pigneraticia actione vel contra 13, 7, Cod. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 16 ff. Stölzel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 45 n. 11.

Geltendmachung hat der Verpfänder gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa in personam, der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder die actio pigneraticia contraria.

Zunächst dienten diese Klagen im Falle des Gebens eines *Faustpfandes*. Daher wiesen die Römer sie den Realkontrakten zu.[2] Man gewährte sie gleichwohl auch in Fällen der Hypothek soweit sie hier Bedürfnis waren.[3]

Die actiones pigneraticiae setzen einen Verpfändungsakt voraus,[4] aber nicht die Entstehung eines rechtsgültigen Pfandrechtes.[5] Insbesondere kann der Verpfänder die Rückgabe der zum Pfande gegebenen Sache, auch wenn sie eine fremde war, nach Tilgung seiner Schuld verlangen, und der Pfandnehmer hat die actio contraria, wenn die Pfandsache dem Verpfänder nicht gehörte, so daß sich die Verpfändung als eine trügerische erweist.

1. Die Hauptverpflichtung ist die des Empfängers des Pfandes. Er hat die *Rückgewähr der Pfandsache und ihres Zubehöres* nach Tilgung der versicherten Forderung oder sonstiger Erledigung der Pfandhaftung zu leisten.[6] Ferner hat er, was er über den Betrag der versicherten Forderung hinaus infolge des Pfandverhältnisses als *Gläubiger* einnahm, dem Verpfänder zu erstatten. Namentlich

---

2) l. 1 § 6 D. de obl. et act. 44, 7, § 4 J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

3) l. 7 D. de distr. pign. 20, 5, l. 4, l. 7 C. h. t. 4, 24. Vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 381 Anm. 4, Brinz Bd. 2 S. 614 Anm. 2.

4) Die Klage wurde auch in Fällen des richterlichen und gesetzlichen Pfandrechtes zugestanden. l. 11 § 5 D. h. t. 13, 7, l. 34 D. de damno infecto 39, 2, § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4. Sie ist notwendiger Begleiter der Verpfändung geworden, ihr unentbehrlicher Regulator.

5) l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 pr. § 2, l. 32 D. h. t. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 138. Geib, die Person des pigneratizisch Berechtigten und Verpflichteten 1884, Savignyzeitschr., r. A. Bd. 8 S. 151.

6) Die Klageformel der actio pigneraticia forderte, daß „pecunia soluta" oder „eo nomine satisfactum" sei, oder daß durch den Beklagten „stetisse, quominus solveretur", l. 9 §§ 3 ff., l. 11 D. h. t. 13, 7, l. 11 C. h. t. 4, 24, l. 20 § 2 D. h. t., l. 3 C. de distr. pign. 8. 27, l. 12 C. h. t. 4, 24. Natürlich ist die Klage aber auch begründet, wenn das Pfandrecht erlischt, während die Forderung fortbesteht, z. B. durch Verzicht. Ferner steht dem Verpfänder die actio pigneraticia auch zu, wenn die Bedingung der Pfandbestellung ausfiel, l. 11 § 2 D. h. t. 13, 7, wenn die Forderung, die versichert werden sollte, nichtig, wenn die Pfandbestellung sonst ungültig ist, l. 25 D. de pign. 20, 1, kurz in allen Fällen, in welchen die Sache, wie sich später herausstellt, dem Pfandzweck nicht oder nicht mehr dient. Ebenso B.G.B. § 1223 beim Mobiliarpfandrecht. Das Retentionsrecht hat der Pfandnehmer, a) wenn der Verpfänder eine ihm nicht gehörende Sache verpfändete, bis zur Tilgung der versicherten Forderung, l. 9 § 4 D. h. t. 13, 7, vgl. Brinz Bd. 2 S. 618 Anm. 22, und b) wegen chirographarischer Forderungen nach dem Reskripte Gordians, vgl. oben § 279.

liegt ihm ob, die hyperocha im Falle des Pfandverkaufes herauszugeben.[7]

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder Rechnung zu legen.

Er steht ihm für jede Schuld ein, sowohl bezüglich der Behandlung als auch der Verwertung der Sache.[8][9]

2. Der Verpfänder übernimmt Gegenverpflichtungen. Er ist vornehmlich wegen Verschuldung verantwortlich.[10]

Er haftet daher dem Gläubiger, wenn er diesem eine fremde Sache als seine eigene verpfändete, wenn er der Pfandsache Eigenschaften zuschrieb, die ihr fehlten, z. B. sie für eine goldene ausgab, während sie nur vergoldet war, oder wenn er den Gläubiger sonst betrog, z. B. einen Schmuck, den er zu verpfänden versprach, bei der Verpfändung mit einem anderen schlechteren Metalles vertauschte.[11] In derartigen Fällen kann der Gläubiger mit der actio pigneraticia contraria nach seiner Wahl Zahlung seiner Forderung oder ein besseres Pfand verlangen.[12] Er kann auch Ersatz anderen Schadens beanspruchen, den ihm die Schuld des Verpfänders verursachte, z. B. wenn dieser ein mit ansteckender Krankheit behaftetes Pferd versetzte, welches den Viehstand des Gläubigers verdarb.[13]

Der Gläubiger hat ferner wegen notwendiger oder unter Zustimmung des Verpfänders gemachter Auslagen Anspruch auf Ersatz seitens des Verpfänders.[14] Der Verpfänder ist endlich verpflichtet, den

---

7) l. 6 § 1, l. 22 § 2 D. h. t. 13, 7, l. 1 C. h. t. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 143. Der Pfandgläubiger behält, was ihm zwar aus Veranlassung der Verpfändung, aber nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zufam. Vgl. über den Schatzfund l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Tryphoninus libro 7 disputationum: Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit: nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris, ex thesauro apud eum remansit.

8) l. 13 § 1, l. 14 D. h. t. 13, 7, „quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". Vgl. aber auch l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Hierüber siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 151. Über l. 43 D. h. t. siehe dort S. 152. Vgl. noch B.G.B. §§ 1217, 1218, Bürg. R. Bd. 3 § 268 S. 749.

9) Zufälliger Untergang der Pfandsache ist Schaden des Verpfänders. Der Pfandgläubiger ist befugt, die versicherte Forderung trotz des Verlustes der Pfandsache einzutreiben, l. 5, l. 9 C. h. t. 4, 24. Natürlich hat der Pfandgläubiger aber für zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Pfandsache zu haften, wenn dies vereinbart ist, oder wenn ihm ein furtum zur Last liegt. Vgl. oben § 278.

10) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 161. Über l. 62 § 5 (alias l. 61) D. de furtis 47, 2 siehe ebendaselbst S. 162.

11) l. 1 § 2, l. 9 D. h. t. 13, 7.

12) l. 31 D. h. t. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 168.

13) l. 16 § 1 D. h. t. 13, 7.

14) l. 8 pr., l. 25 D. h. t. 13, 7. Petražycki, Einkommen I. S. 308. Nach B.G.B. § 1216 haftet der Verpfänder einer beweglichen Sache wegen Verwendungen des Pfandgläubigers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Gläubiger, dem er ein Faustpfand einhändigte, bis zur Schuldtilgung im Pfandbesitze zu belassen.[15]

Viertes Kapitel.

Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger.[1]

I. Die Rangordnung.

§ 286. Die normale Ordnung der Pfandrechte.

An derselben Sache können mehrere Pfandrechte begründet werden. Unter ihnen besteht eine gewisse Ordnung und Folge. Dieselbe beruht teils auf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen — normale Ordnung —, teils auf singulären, der Utilität entspringenden Satzungen — privilegierte Pfandrechte.

Die Verpfändung derselben Sache an mehrere rührt denkbarerweise von verschiedenen Autoren her, zwischen denen keine rechtliche Verbindung besteht, z. B. von dem Eigentümer und einem publizianischen Besitzer. Dann hat derjenige Pfandgläubiger, dessen Autor das bessere Recht hat, ohne Rücksicht auf das Alter den Vorzug. In Ermangelung des stärkeren Rechtes eines der Autoren entscheidet der Pfandbesitz.[2]

In der Regel rühren die mehreren Pfandrechte von demselben Autor oder dessen Successoren her. Hiervon ist im folgenden allein die Rede.

Die mehreren Pfandrechte können gleichzeitig an der ganzen Sache begründet sein. Diesem Falle steht gleich, wenn die Pfandrechte zwar zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, wenn aber ihr Alter nicht mehr zu ermitteln ist.[3] Es geht dann der Besitzer vor.[4] Ist keiner der Pfandgläubiger im Besitz, so hat Teilung einzutreten. Die Größe

15) l. 22 § 3 D. h. t. 13, 7.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 405.

2) l. 14 D. qui pot. 20, 4. Löhr im Archiv für ziv. Praxis Bd. 6 S. 154, Bd. 14 S. 161 ff.

3) So ist es namentlich, wenn sie von demselben Tage datieren und auch die Priorität der Bestellung innerhalb desselben Tages nicht mehr zu ermitteln ist. So ist l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1 zu erklären. Ist dagegen für die beiden konkurrierenden Pfandrechte eine verschiedene Stundenzeit zu ermitteln, so entscheidet die Stunde, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 410.

4) l. 10, l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1.

der Teile bestimmt sich in der Regel nach der Höhe der Forderungen im Augenblicke der Bestellung. Sonst entscheidet das Alter des Pfandrechtes — prior tempore, potior jure.[5]

Doch hat seit Kaiser Leo das in einer publice oder quasi publice aufgenommenen Urkunde bewilligte Pfandrecht den Vorzug vor bloß privatschriftlich bestellten Pfandrechten.[6]

Das B.G.B. läßt für den Rang der Hypothek die Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuche, für den Rang des Mobiliarpfandrechts die Zeit der Bestellung, d. h. regelmäßig die Zeit der Übergabe, entscheiden.[7] Dies entspricht den schon bisher nach den meisten Partikularrechten geltenden Bestimmungen.

§ 287. Privilegierte Pfandrechte.

Zahlreiche Pfandrechte erhielten in Rom wegen wirklicher oder vermeinter Utilität Privilegien, vermöge deren sie trotz jüngeren Datums älteren Pfandrechten vorgingen. Diese Privilegien wurden zwar gemeinrechtlich rezipiert, waren aber bereits nach gemeinem Recht von sehr verminderter Bedeutung.

1. Den ersten Rang hat die Generalhypothek des Fiskus wegen der Steuern an dem Vermögen des Steuerpflichtigen.[1]

Dem Reichsrecht ist die Generalhypothek des Fiskus unbekannt. Aber er ist auch jetzt noch privilegiert. Denn im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks haben Ansprüche auf Entrichtung öffentlicher Lasten ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstücke vor allen eingetragenen Hypotheken.[2] Entsprechendes gilt für die Zwangsverwaltung.[3]

Im Konkurse des Schuldners aber gehören die Forderungen des Staates und der Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben zu den bevorrechtigten.[4]

5) l. 3 C. qui pot. in pignore 8, 17. Antoninus: Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure, l. 2 C eod. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859. Einzelne Fragen der Priorität wurden oben § 88 Anm. 8, § 267 Anm. 8, § 262 Ziff. 2a, § 271 Ziff. 3, § 274 Anm. 8 besprochen.

6) l. 11 C. qui pot. 8, 17, vgl. oben § 264.

7) B.G.B. §§ 879, 1209.

1) l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Über die l. 28 D. de jure fisci 49, 14 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 437.

2) Ges. üb. d. Zwangsverst. v. 24. März 1897 § 10 Ziff. 3.

3) Das. § 156.

4) Konkursordnung § 61 Ziff. 2 und 3. Vgl. übrigens K.O. § 49 Ziff. 1 und hierzu Einf.Ges. z. d. Ges. betr. Änderungen der K.O. v. 17. Mai 1898 Art. III.

2. Ein Pfandprivileg begründet ferner die versio in rem, wenn durch ein jüngeres Pfandgeschäft ein älteres Pfandrecht erhalten[5] oder zur Existenz gebracht[6] oder seinem Werte nach vergrößert wurde.[7] Dies Privileg setzt voraus:

a) Daß die Forderung behufs der Verwendung kontrahiert wurde. Es genügt nicht, daß die aus dem späteren Pfandgeschäfte herrührenden Mittel infolge freien Entschlusses des Schuldners zur Erhaltung oder zum Erwerbe oder zur Verbesserung einer früher verpfändeten Sache verwendet wurden.

b) Die Absicht der Verwendung beim späteren Pfandgeschäfte genügt nicht. Die Verwendung muß wirklich erfolgt sein.

c) Das Pfandrecht, welches ein Privileg erwerben soll, muß unmittelbar mit der Kreditierung entstanden sein. Es reicht nicht aus, daß ein Pfandrecht begründet wurde, nachdem der Schuldner die Mittel zur Verwendung bereits besaß, oder nachdem sie ihm fest zugesagt waren. Denn in solchen Fällen wäre die Pfandbestellung für die älteren Hypothekarien ohne Vorteil. Das aber macht keinen Unterschied, ob das Pfandrecht des Vertierenden durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz entstand.

Auch das Privileg wegen versio in rem ist nicht mehr Rechtens. Aber es macht sich in einzelnen Anwendungen immer noch geltend.

Ein Hauptfall war in Rom Geben eines Pfanddarlehens zur Reparatur und Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes. Das Vorrecht solcher Pfanddarlehen hat sich im Seerechte erhalten.[8]

3. Justinian teilte der Dotalhypothek ein Privilegium zu. Infolge desselben sollte sie älteren Gläubigern des Mannes vorgehen. Die Motive, welche Justinian bei Verleihung dieses Privilegiums leiteten, waren, wie er breit hervorhebt, Rücksichten der Humanität und des Mitleids mit der ungünstigen bürgerlichen Stellung der Frauen. Die Frauen sind genötigt, ihr Vermögen ganz oder teilweise dem Manne anzuvertrauen. Erhalten sie dasselbe nach Auflösung der Ehe oder im Falle des Konkurses des Mannes nicht zurück, so geraten sie in eine beklagenswerte Lage.[9]

5) l. 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero: l. 6 pr. D. eod. idem libro 73 ad edictum: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.

6) l. 7 C. qui pot. 8, 17, abgedruckt oben § 267 Anm. 8, l. 3 § 1, l. 7 § 1 D. h. t. 20, 4.

7) nov. 97 cap. 3.

8) H.G.B. § 754 n. 6, vgl. auch H.G.B. § 443.

Übrigens wurde dies Privilegium nur der Frau persönlich und ihren Deszendenten, nicht aber anderen Erben erteilt.[10] [11]

Sehr bestritten ist, ob das Privilegium der Dotalhypothek auf den Fall zu beschränken ist, daß die Ehefrau mit Hypothekarien konkurriert, die zugleich persönliche Gläubiger des Ehemannes sind, oder ob sie sogar solchen Hypothekarien vorgeht, die ihre Pfandrechte von Singularvorfahren des Mannes herleiten. Das erstere ist das Richtige.[12]

Die Geschichte hat dies Privilegium verurteilt. Es mußte den Kredit erschüttern, daß ältere Hypotheken, wenn sich der Schuldner später verheiratete und ein Dos empfing, durch die jüngere Dotalhypothek zurückgedrängt und wertlos gemacht werden konnten.

Infolge der neueren Entwicklung des Pfandrechtes hat das Privilegium der Dotalhypothek seine praktische Bedeutung verloren. Ja die Ehefrau hat wegen ihres Eingebrachten nicht einmal ein Vorzugsrecht vor gewöhnlichen Konkursgläubigern ihres Ehemannes an der Konkursmasse.

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 288. Rechte nachstehender Pfandgläubiger.

Nur der vorstehende Pfandgläubiger hat die volle Gewalt des Pfandrechtes. Nachstehende Pfandgläubiger haben zwar nicht, wie in

9) l. 12 C. qui potiores 8, 17 Justinianus pr.: Adsiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant § 2 . . . nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omnia vita sua maritos fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est § 4 . . . cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati § 5 . . . quis enim eas non miseretur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum creationem?

10) nov. 97 cap. 3 und 4.

11) Über den Vorzug der Dotalhypothek vor dem Privilegium wegen versio in rem vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 453 ff., aber auch Arndts § 385 Anm. 3 und dort Zitierte. Siehe auch R.G. Bd. 3 S. 175.

12) Die ältere Praxis gab den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigentümer ableiteten, ein Separationsrecht gegenüber den Gläubigern des späteren Erwerbers — als s. g. Pfandseparatisten. In unglücklicher Stunde erklärte sich hiergegen Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 13. Er fand Beifall. Aber die Separation verteidigte Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 S. 340, vgl. auch Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 461 und die dort Anm. 1 zitierte Literatur. — Streitig war ferner, ob das von dem bisherigen Eigentümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber herrührenden den Vorzug habe. Auch dies war zweckmäßig, aber geeignet, die richtige Auffassung des reservierten Pfandrechtes zu verdunkeln, vgl. Dernburg Bd. 1 S. 278, aber auch Arndts § 385 Anm. 4. Das R.G. Bd. 3 S. 178 hat sich mit gutem Grunde der Ansicht angeschlossen, „daß das Vorrecht der reservierten Hypothek in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt wurde".

der älteren römischen Zeit, ein bloß bedingtes Recht, aber doch nur beschränkte Befugnisse.[1] Insbesondere hat nur der erste, nicht der nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht.[2] Nach Reichsrecht kann der vorstehende Pfandgläubiger einer beweglichen Sache, der nicht in ihrem Besitze ist und nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.[3] Der Nachhypothekar kann die Zwangsveräußerung wie die Zwangsverwaltung von Immobilien betreiben, aber nur unbeschadet der vorstehenden Pfandrechte.[4]

a) Das wichtigste Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ist das auf die hyperocha, d. h. den Überschuß des Pfanderlöses über den Betrag der vorstehenden Pfandforderungen.[5]

b) Das zweite Hauptrecht ist das jus offerendi et succedendi, d. h. das Recht, den vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden und mit der Abfindungssumme an dessen Stelle zu treten.[6]

c) Die nachstehenden Pfandgläubiger haben die Pfandklagen wie vorstehende. Den vorgehenden Pfandgläubigern aber können sie den Besitz nicht entziehen.[7]

§ 289. Die hypothekarische Succession.[1]

Für die Regelung der Verhältnisse mehrerer Pfandgläubiger ist das Institut der hypothekarischen Succession von allgemeiner Bedeutung.

---

1) Im älteren Rechte hatten nachstehende Pfandgläubiger nur ein bedingtes Recht, l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4, vgl. oben § 267 Anm. 9.

2) l. 8 C. qui pot. 8, 17. Diocletianus et Maximianus . . . nec alias secundum distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. — l. 1 D. de distr. pign. 20, 5 . . . ante secundum creditorem dimissum nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit. Dennoch streitet man, vgl. Windscheid Bd. 1 § 241 Anm. 5.

3) B.G.B. § 1232.

4) Reichsgef. über die Zwangsverst. v. 24. März 1897. Vgl. hierzu Bürg. R. Bd. 3 § 257 S. 710.

5) l. 12 § 5 in fine D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

6) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 sagt geradezu . . . et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi, ut solvat priori et loco ejus succedat. Über das jus offerendi et succedendi vgl. unten § 290. Nach B.G.B. § 1249 hat beim Mobiliarpfandrecht dieses Recht, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, jeder, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde. Über das Grundstückspfand vgl. § 1150.

7) l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 161 ff. S. 490 und dort Zitierte. Neuerdings ist die hypothekarische Succession häufig behandelt worden. Vgl. namentlich Adamkiewicz im Arch. für ziv. Pr. Bd. 56 n. 1, Voß, zur Lehre vom jus offerendi in Iherings Jahrb. Bd. 15 n. 8, Tellegen, successio hypothecaria, Groningen 1880, Regely, das jus offerendi. Berl. Inaug.-Diss. 1893. Über die hypothekarische Suc-

Hypothekarische Succession ist Eintritt eines späteren Pfandgläubigers in die Rangstellung eines durch ihn abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers mit der Abfindungssumme. Freilich sind die Auffassungen dieses Institutes sehr verschiedene, und es fehlt viel daran, daß das Richtige allgemein anerkannt wäre.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Das einfache Abfindungsgeschäft, bei welchem ein Kapitalist zur Abfindung einer vorstehenden Hypothek Geld vorschießt und sich dafür ein Pfandrecht bestellen läßt.[2] Primus z. B. hat eine erste Hypothek von 500, Sekundus eine zweite von 500, die Pfandsache ist 600 wert; zur Abfindung des Primus, welcher mit Verkauf droht, nimmt der Pfandschuldner von Tertius 500 auf und verpfändet ihm hierfür die gedachte Sache.[3] Geschieht infolgedessen die Abfindung des Primus, so rückt Tertius an dessen Stelle, Sekundus bleibt im zweiten Range.

Bei diesem einfachsten Falle ergibt sich das Wesen der hypothekarischen Succession am deutlichsten. Sie ist nicht, wie ältere Schriftsteller meinten, Übergang der abgezahlten persönlichen Forderung mit ihrem Pfandrechte im Wege gesetzlicher Zession auf den Tertius.[4] Die Forderung des Primus ist abbezahlt und untergegangen, der Tertius

---

cession bei teilweiser Abtragung der Vorschuld vgl. Schlayer im Arch. für ziv. Pr. Bd. 64 n. 10.

2) l. 3 D. quae res pignori 20, 3. Paulus libro 3 quaestionum. Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecendens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Nur der erste Teil der Stelle handelt vom einfachen Abfindungsgeschäft. Der zweite Teil von „denique“ an behandelt, wie Adamkiewicz im ziv. Arch. Bd. 56 S. 43 und Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 58 mit Recht annehmen, einen Fall des jus offerendi des zweiten Pfandgläubigers. Daß diesem, auch wenn er sich ein Verkaufsrecht nicht ausbedungen hat, das Verkaufsrecht für den Fall seines Einrückens in die Stelle des ersten Gläubigers zugestanden wird, entspricht der Entwicklung des Rechts zum Pfandverkauf. Dies wird man daher nicht mit Grund dagegen anführen dürfen, daß die hypothekarische Succession als solche nur Einrücken in den Rang des abgefundenen Pfandgläubigers bezweckt. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 1 § 233 b Anm. 16. Meine frühere Erklärung der l. 3 cit. halte ich nicht fest.

3) Es macht keinen Unterschied, ob der Eigentümer der Pfandsache vom Tertius ein Darlehen entnimmt, oder dem Tertius das Mandat gibt, den Primus abzuzahlen und infolge des Mandates verpflichtet ist, dem Kapitalisten das Ausgelegte zu ersetzen. Einen anderen Fall erwähnt l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

erhält eine neue Forderung aus dem Vorschußgeschäfte. Sie ist auch nicht, wie viele Neuere annehmen, Übergang des Pfandrechtes des Primus auf den Tertius. Dies beweisen innere und äußere Gründe. Denn wie sollte das Pfandrecht, welches für die Forderung des Primus geschaffen ist, deren Untergang überdauern und sich mit einer anderen — der Forderung des Tertius verbinden? Dies wäre eine Abweichung vom gesetzmäßigen Verlaufe, die nur dann dem römischen Rechte zugetraut werden könnte, wenn jeder andere Ausweg verschlossen wäre. In Wirklichkeit — und dies ist der zweite und entscheidende Grund gegen die bekämpfte Ansicht — fordern die Quellen für das Eintreten der hypothekarischen Succession des Tertius, daß ihm der Eigentümer der Pfandsache ein *neues Pfandrecht* bestellt.[5]

Es ist also nicht das alte abgestoßene Pfandrecht des Primus, welches auf den Tertius übergeht. Die Succession besteht nur in dem *Eintritte* des neu bestellten Pfandrechts *in den Rang des Primus*, wodurch allein das Abfindungsgeschäft möglich wird. Der Sekundus wird hierdurch nicht benachteiligt. Nur das Vorrücken an die erste Stelle, das materiell ungerechtfertigt wäre, wird ihm abgeschnitten.

2. Der Fall liegt nicht wesentlich anders, wenn die Forderung des Primus noviert, also durch eine neue Forderung, sei es des Primus selbst, sei es eines anderen — des Tertius ersetzt wird. Infolge der Novation geht die novierte Forderung und zugleich das zu ihrem Schutze bestellte Pfandrecht unter. Wird aber für die novierende Forderung ein Pfandrecht an der bisher verpfändeten Sache von deren Eigentümer bestellt, so erhält es den *Rang* des durch die Novation *abgefundenen Pfandrechtes*. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert,[6] wenn ihnen Tertius statt Primus vorgeht.

---

4) Diese ältere Ansicht vertrat Mühlenbruch, Zession S. 482, vgl. Windscheid Bd. 1 § 233b Anm. 16.

5) Vgl. die oben Anm. 2 abgedruckte l. 3 D. quae res pignori 20, 3, sowie l. 1 C. de his qui in priorum locum 8, 18, ferner l. 3, l. 12 §§ 5 und 8 D. qui pot. 20, 4 und namentlich l. 2 D. de pign. actione 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 233b Anm. 16 hält daran fest, daß das für die *untergegangene Forderung* bestellte *Pfandrecht* auf die *neue* Forderung gehe. Er findet, „daß die Einwilligung des Eigentümers — zur Succession — erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechtes". Aber die Quellen sprechen eben nicht von Einwilligung des Eigentümers zur Succession, sondern von einer Neubegründung des Pfandrechtes durch ihn. Auch Brinz Bd. 2 S. 865 behauptet, der Abfindende erhalte „die bisherige Hypothek" für seine neubegründete Forderung.

6) l. 3 pr., l. 12 § 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Nach Brinz Bd. 2 S. 865 liegt hier eine Succession in die *eigene Hypothek*, aber nur kraft ausdrücklichen *Vorbehaltes* vor. Ulpianus libro 28 ad edictum sagt l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: novata autem debiti *obligatio* pignus peremit, nisi convenit, ut pignus *repetatur*.

3. Komplizierter erscheint der Fall des jus offerendi et succedendi der nachstehenden Pfandgläubiger. Doch im Grunde ist das Verhältnis dasselbe. Denn als Hauptrecht des nachstehenden Pfandgläubigers gilt das jus offerendi. Die Verpfändung gibt ihm das Abfindungsrecht. Die Pfandsache ist dem nachstehenden Pfandgläubiger von vornherein durch die Pfandkonvention beziehungsweise das Gesetz in doppelter Art verpfändet, nämlich:

a) unmittelbar für das Kreditum, welches er gewährt,

b) eventuell für die Abfindungssumme, falls er den Vorgänger abstößt.[7] [8]

Mit dem Betrage der Abfindungssumme tritt der Nachhypothekar in den Rang des abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers nicht anders als beim einfachen Abfindungsgeschäfte. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert.[9]

4. An die Fälle der hypothekarischen Succession reiht sich die Abfindung eines vorstehenden Pfandgläubigers durch einen Käufer der Pfandsache an. Es erwirbt jemand — der Tertius — eine mehrfach verhypothezierte Sache unter der Vereinbarung zu Eigentum, daß der erste Pfandgläubiger mit dem Kaufpreise abbezahlt wird. Dies geschieht. Nach strengem Rechte würde der nachstehende Pfandgläubiger — der Sekundus — dann an die erste Stelle rücken. Er könnte infolgedessen die Sache dem Tertius abstreiten und sie pfandrechtlich verkaufen; denn das Pfandrecht geht dem Eigentume vor. Aber dann erhielte der Sekundus durch die Aufwendung des

---

7) l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum: et ita Papinianus libro 3 responsorum scripsit et verum est. — In den früheren Auflagen seiner Pandekten nahm Windscheid an, daß der abfindende nachstehende Pfandgläubiger wegen der Abfindungssumme nur ein Pfandrecht habe, aber keinerlei persönliche Forderung. Jetzt gesteht er dem Ausbezahlenden eine „actio negotiorum gestorum" zu, Bd. 1 § 233 b Anm. 16. So auch Regely a. a. O. S. 56. Richtiger Ansicht nach hat er die actio pigneraticia, weil er infolge der Ermächtigung des Pfandvertrages zahlt.

8) Nimmt der vorstehende Pfandgläubiger die angebotene Abfindungssumme nicht an, so kann der nachstehende Gläubiger dieselbe deponieren, was dann dieselbe Wirkung wie eine Zahlung hat, l. 1 C. qui pot. 8, 17.

9) Das jus offerendi et succedendi wurde übrigens, wie es scheint, in der späteren klassischen Zeit auch dem vorstehenden Pfandgläubiger gegen die nachstehenden zugestanden. Dies ergibt namentlich Paulus sent. II 13 § 8, eine Stelle, die für die Auslegung des justinianischen Rechtes in das Gewicht fallen muß. Die Frage ist sehr bestritten, vgl. die bei Windscheid § 233 b Anm. 14 Zitierten, Schwemann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 71 Nr. 3, Regely a. a. O. S. 14.

Tertius einen Vorteil, auf den er einen materiellen Anspruch nicht hat. Daher verstattete man dem Tertius, den Sekundus so zurückzuweisen, wie dies bisher der durch ihn abgefundene Primus konnte. Dagegen behält aber auch Sekundus das Recht, dem Tertius die gezahlte Summe so zu offerieren, wie wenn dieser Pfandgläubiger an Stelle des Primus wäre. Denn das Recht des Sekundus, durch Angebot der dem vorstehenden Pfandgläubiger geschuldeten Summe an dessen Stelle zu rücken, kann ihm durch den Kauf des Tertius nicht verkümmert werden.[10]

Alle erörterten Successionsfälle stimmen hiernach im wesentlichen überein; nämlich dahin, daß ein später erworbenes dingliches Recht durch die Abfindung eines Vorgängers in dessen Rang einrückt.[11] [12]

Fünftes Kapitel.

Ende des Pfandrechtes.

§ 290. Die dem Pfandrechte eigentümlichen Beendigungsgründe.

Dem Pfandrecht spezifisch eigentümlich sind zwei Beendigungsgründe, nämlich Untergang der versicherten Forderung und Pfandverkauf.

1. Der Untergang der versicherten Forderung zieht

10) l. 17 D. qui pot. 20, 4. Paulus libro 6 responsorum: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit vgl. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 5, l. 3 D. quae res pignori 20, 3, abgedruckt oben Anm. 2, l. 3 C. de his qui in prior. cred. 8, 18. Für den Fall, daß der Käufer bisher vorstehender Pfandgläubiger war, nimmt Brinz Bd. 2 S. 864 an: „trotzdem daß der Käufer Eigentümer wird, behält er sein bisheriges Pfandrecht und erwirbt ein neues". Dies ist ein wahrer Turmbau von Rechten, während die Römer nichts anderes kennen, als einen „Schutz" des Eigentumes. Vgl. übrigens noch Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 377.

11) Keine wahre Succession tritt ein, wenn ein nachstehender Gläubiger — der Tertius — durch rechtskräftiges Urteil gegenüber einem vorstehenden Pfandgläubiger — dem Primus — die Priorität erstritten hat, l. 16 D. qui pot. 20, 4. Ein derartiges Urteil wirkt nur zwischen Tertius und Primus, da res judicata nur jus facit inter partes. Die Stellung des Sekundus bleibt daher unberührt. Wenn etwa Primus auf sein Pfandrecht verzichtet, so rückt Sekundus in die erste Stelle trotz des Sieges des Tertius über den Primus. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 462, Boß in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 4. Geradeso steht es gemeinrechtlich, wenn Primus dem Tertius die Priorität zediert. Eine derartige Prioritätszession wirkt nur zwischen den kontrahierenden Parteien und kann den Zwischengläubigern nicht entgegengestellt werden.

12) B.G.B. § 880 verfolgt im wesentlichen die Zwecke der hypothekarischen Succession. Vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 217 S. 607.

das Erlöschen des Pfandrechtes nach sich. Denn um der Forderung willen besteht das Pfandrecht. Ist diese erloschen, so ist das Pfandrecht ohne Halt und geht zu Grunde.

Die Formel der actio hypothecaria hob dies hervor. Aber freilich nicht abstrakt und allgemein. Sie forderte zum Siege des Gläubigers „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse".[1] Hiernach war Befriedigung des Gläubigers Endigungsgrund, wie Zahlung so auch Hingabe an Zahlungsstatt, Novation, Erlaß. Man stellte aber die anderen Gründe der Aufhebung der Forderung gleich, z. B. Konfusion, wenn Gläubiger und Schuldner dieselbe Person werden.[2] Darin fand man eben den accessorischen Charakter des Pfandrechtes, daß es untergeht, wenn die Forderung erlischt.[3]

Aber freilich bleibt das Pfandrecht unberührt, wenn nur die Klage zerstört wird, die Forderung aber als klaglose — naturalis obligatio — bestehen bleibt.[4] Eine solche Forderung kann noch gezahlt werden, daher erhält sich ihretwegen auch das Pfandrecht.

Paulus berichtet von einem Falle, in welchem „remanet propter pignus naturalis obligatio".[5] Hier sei, so argumentieren einige,[6] nicht

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 167 ff.

2) l. 6 D. q. m. p. vel h. s. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum: Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

3) l. 43 D. de solut. 46, 3 siehe oben § 261 Anm. 7.

4) l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Die Konstruktion hat Ulpian zwar nicht erfunden, aber scharf formuliert und zur Geltung gebracht. Vgl. auch K. Wolff, kann nach gemeinem R. d. Pfandrecht die Pfandforderung überleben? Jenens. Diss. 1899.

5) l. 61 (59) pr. D. ad. S. C. Trebellianum 36, 1. Paulus libro 4 quaestionum: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor, sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, — igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 577—591. Die Schlußworte von Paulus bedeuten übrigens wohl nur: „wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio"; vgl. l. 8 D. de cond. indebiti 12, 6. So auch Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 406. Zudem ist klar, daß sich die Entscheidung nur auf den Fall des erzwungenen Erschaftsantritts bezieht, welcher dem S. C. Pegasianum entsprach.

6) Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 13 ff., § 249 Anm. 4.

die Forderung die Grundlage des Pfandrechtes, sondern das Pfandrecht die Grundlage für die Forderung. Es bestehe also in Wirklichkeit ein Pfandrecht ohne Forderung. Im Grunde sei hiermit die accessorische Natur des Pfandrechtes aufgegeben. Hiernach leugnen viele die accessorische Natur des römischen Pfandrechtes überhaupt.[7] Dies alles ist nicht zutreffend. Denn die juristische Konstruktion der Rechtsinstitute ist nicht aus besonderen anomalen Fällen herzuleiten, sondern aus ihrer regelrechten Gestaltung zu entwickeln.

Das Reichsrecht stimmt hinsichtlich des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache mit dem römischen Rechte überein. § 1252 B.G.B. bestimmt: Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht. Ganz abweichend ist dagegen die Grundstückshypothek gestaltet; mit dem Erlöschen der Forderung erwirbt hier der Eigentümer die Hypothek.[8] Das römische Recht gibt für solche Sätze keine Anknüpfungspunkte.

2. Der vollzogene Pfandverkauf beendigt das Pfandrecht des Verkäufers und der ihm nachstehenden Gläubiger.[9]

Im Fall der Zwangsversteigerung der Grundstücke bleiben die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken, soweit es sich um das eingetragene Kapital handelt, unberührt.[10] [11]

§ 291. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes.

Zahlreiche Endigungsgründe des Pfandrechtes haben eine allgemeine Natur, da sie bei Vermögensrechten jeder Art oder doch bei allen dinglichen Rechten an fremden Sachen in ähnlicher Weise einwirken.

1. Verzicht des Pfandgläubigers beendet sein Recht. Er bedarf der Annahme des Eigentümers der Pfandsache.[1]

---

7) Vgl. auch Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 32 ff.

8) B.G.B. § 1163. Vgl. über die Eigentümerhypothek Bürg. R. Bd. 3 §§ 218 ff. S. 612.

9) Vgl. oben § 282 bei Anm. 12.

10) R.Ges. über die Zw.Verst. v. 24. März 1897; vgl. Bürg. R. Bd. 3 § 257 S. 710.

11) Gerät der Verpfänder von Mobilien in Konkurs, so kann der Konkursverwalter deren Herausgabe fordern und sie zur Veräußerung bringen, damit erlischt das Pfandrecht an der Mobilie, der Pfandgläubiger aber behält ein Vorrecht an dem Erlös, vgl. K.O. § 127.

1) l. 2 C. de remissione pignoris 8, 25. Antoninus . . . obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Ob die Annahme durch den Verpfänder genügt, wenn er nicht mehr Eigentümer ist? Dafür Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 547, dagegen aber Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 2. Vgl. auch Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 19 S. 10. Nach B.G.B. § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe. Über das Grundstückspfand vgl. § 875.

Stillschweigender Verzicht genügt. Er wird in der vorbehaltlosen Aushändigung des Faustpfandes an den Verpfänder gesehen,[2] denn der Gläubiger, welcher sein Pfandrecht erhalten will, gibt nicht leicht den Besitz auf, in welchem die Garantie seines Rechtes liegt. Auch die Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung seines Pfandes durch den Verpfänder wird von den Römern in der Regel als Verzicht für den Fall der Verwirklichung der Veräußerung aufgefaßt. Denn der Verpfänder bedarf an sich der Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung des verpfändeten Objektes nicht; wird diese Zustimmung dennoch eingeholt, so muß sie einen besonderen Sinn haben, und dieser kann nur der des Verzichtes auf das Pfandrecht sein.[3]

Einen Verzicht auf das Pfand nahm man auch an, wenn beim Verkaufe eines Grundstückes die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Hypotheken aufgefordert wurden und, obgleich sie ortsanwesend waren, die Anmeldung ihrer Hypotheken unterließen.[4] Dieser Rechtssatz war für den römischen Verkehr von der größten Wichtigkeit, denn es lag hierin meist das einzige Mittel, eine einigermaßen sichere Übersicht über den Schuldenstand eines Grundstückes, welches man erwerben wollte, zu gewinnen. Das gemeine Recht hat ihn noch weiter ausgebildet und an die Stelle der privaten Aufforderung ein gerichtliches Aufgebotsverfahren gesetzt mit der Wirkung des Ausschlusses eines jeden, welcher sich nicht rechtzeitig meldet.

2. Das Pfandrecht hört notwendig mit dem Untergange der Pfandsache auf;[5] nicht weniger wenn diese Sache eine öffentliche wird. Veränderungen der Pfandsache, z. B. Errichtung eines Hauses auf dem verpfändeten Acker, ziehen den Untergang des Pfandrechtes nicht nach sich.[6]

---

2) l. 9 § 1 C. de remissione pignoris 8, 25, l. 3 D. de pign. actione 13, 7. Die Rückgabe der Verpfändungsurkunde bedeutet gleichfalls einen Verzicht auf die Hypothek nach l. 7 C. de rem. pign. 8, 25. B.G.B. § 1253 läßt das Mobiliarpfandrecht durch Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer oder an den Verpfänder erlöschen, der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechtes ist unwirksam.

3) Die Römer haben dies ins einzelne hinein kasuistisch entwickelt l. 4 § 1, l. 7, l. 8 §§ 6 ff. D. q. m. p. s. 20, 6, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 552.

4) l. 6 C. de remissione pignorum 8, 25. Impp. Diocletianus et Maximianus: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Nicht einmal eines besonderen Aufrufes bedarf es, wenn der Fiskus öffentlich verkauft. l. 8 C. eod. 8, 25.

5) l. 8 pr. D. q. m. p. s. 20, 6.

6) l. 16 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Es erhält sich das Pfandrecht am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, l. 29 § 2, l. 35 D. de pignoribus 20, 1. — Sind die Baumaterialien als verpfändet anzusehen, wenn ein Haus verhypothekiert ist und wenn es der Eigentümer abbricht? Es ist dies zu bejahen, Dernburg, Pfandr.

3. Es ist ein Fundamentalgrundsatz des römischen Rechtes, daß an der eigenen Sache ein Pfandrecht unmöglich ist.[7] Daher erlischt es, wenn der Pfandgläubiger das Eigentum der Pfandsache erhält.

Aber dieser Grundsatz erleidet eine Modifikation, wenn die Sache mit mehreren Pfandrechten belastet ist und der vorstehende Gläubiger das Eigentum an ihr erwirbt. Dann behält er gegen die nachstehenden Pfandgläubiger dieselben Rechte, wie wenn sein vorstehendes Pfandrecht noch bestünde.[8] Dies ist billig und recht, denn sonst würde er ohne materiellen Rechtsgrund geschädigt und die Nachhypothekarien erhielten Vorteile, auf die sie materiell keinen Anspruch haben. Im Grunde liegt in derartigen Fällen nichts als eine Ausstattung des Eigentums mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien.[9]

Bd. 2 S. 563 ff. Wie aber, wenn aus einer Mobilie bei deren Untergang eine neue Sache entsteht oder übrig bleibt? Es ist z. B. eine Kuh verpfändet, sie fällt beim Gläubiger; hat er ein Pfandrecht an der Haut? Bei der Verpfändung kommt es den Beteiligten nicht sowohl auf die spezifische Pfandsache als auf Sicherstellung durch ein Wertobjekt an. Man darf daher als präsumtive Absicht bei der Verpfändung ansehen, daß dem Gläubiger alles verpfändet sein soll, was sich aus der Pfandsache entwickelt. Vgl. aber l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7; oben § 202 Anm. 5; siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 560 ff., Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 S. 331, Bremer, Pfandr. S. 165 ff., Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 10. Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme? Hierüber vgl. M. Scherer in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 2. B.G.B. §§ 1128 ff.

7) l. 45 D. de R. J. 50, 47. Ulpianus libro 30 ad edictum . . . Neque pignus neque depositum, neque precarium . . . rei suae consistere potest. Daß diese und ähnliche Äußerungen bloß feststellen, daß der contractus pigneraticius keine Wirkung zu Gunsten des Verpfänders habe, — wie Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 105 Anm. 1 annimmt — kann ich nicht finden. Vgl. l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

8) In der l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2 entscheidet Paulus — 14. Buch der Quästionen — folgenden Rechtsfall. Bei Gelegenheit eines Erbschaftsprozesses zwischen Mävius, dem wirklichen Erben, und Titius, einem Erbschaftsprätendenten, kam es zu einem Vergleiche, laut dessen Titius dem Mävius außer einigen erbschaftlichen Vermögensstücken auch ein ihm eigentümlich zustehendes Grundstück zu Eigentum überließ. Auf diesem Grundstück haftete eine Hypothek für den X.; dieser stellte gegen den Mävius die actio hypothecaria an und drang mit derselben durch. Später fand Mävius Urkunden, wonach jenes Grundstück bereits seinem Großvater und zwar vor dem X. verpfändet war. Die nächste Frage war, ob dem Mävius, wenn er das Grundstück von X. herausfordere, die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Dies verneint der Jurist, da es sich hierbei um eine andere Rechtssache als die früher entschiedene handelt. Er fährt dann fort: in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

9) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 570 ff. Siehe auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 50 ff., S. 84. Nach B.G.B. § 1256 erlischt das Mobiliarpfandrecht, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft; es gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen hat, sowie dann, wenn die versicherte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Über die Hypothek vgl. §§ 1163, 1168, 1177, Bürg. R. Bd. 3 §§ 218 ff. S. 612.

Ganz anders fassen die Sache viele neuere Schriftsteller auf. Sie unterstellen, daß die Römer grundsätzlich und allgemein ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt hätten.[10] Hieraus schließen sie, daß ein derartiger Eigentümer die eigene Sache als Pfandgläubiger verkaufen und damit von Nachhypotheken befreien könne; ja auch weiter begeben könne er ein derartiges Pfandrecht an der eigenen Sache. Da ist es denn nur ein Wunder, daß die Römer, welchen doch sonst der Mut nicht fehlte, die Konsequenzen ihrer Grundsätze zu ziehen, von solchen weittragenden Dingen nichts wissen. Sie geben dem Eigentümer Rechte nach Art eines Pfandrechtes nur, falls er mit Nachhypothekarien konkurriert, die dem früher zu seinen Gunsten bestellten Pfandrechte nachstanden. Daher ist es doch wohl das allein richtige Verfahren, hierin nur eine durch die Billigkeit bedingte Deviation von den Grundsätzen zu sehen, welche im übrigen ihr Sachenrecht beherrschen.

Daß moderne Rechte die Rechtsform der Pfandrechte an eigener Sache geschaffen haben, ist Tatsache. Aber dies bildet einen Gegensatz gegen das römische Recht und keine Fortbildung desselben.

4. Endlich hat auch die Zeit Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechtes.

a) Wer die Pfandsache in gutem Glauben und ohne Kenntnis des auf ihr lastenden Pfandrechtes — nicht als Erbe des Verpfänders — erwarb, erlangt durch Besitz von 10 oder 20 Jahren, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht, eine longi temporis praescriptio. Sie wird durch Anstellung der Klage innerhalb der gedachten Zeit unterbrochen. Sie hat den Charakter einer Klagenverjährung, doch nähert sie sich einer Ersitzung dadurch, daß der Präskribent die Sache vom Pfandgläubiger auch vindizieren kann, wenn er den Besitz an diesen verloren hat.[11]

b) Außerdem tritt der Pfandklage die ordentliche Klagenverjährung entgegen. Sie vollendet sich gegen den Schuldner und dessen Erben erst in 40 Jahren. Auch der nachstehende Pfandgläubiger bedarf gegen den

---

10) Hartmann, Rechte an eigener Sache in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 100, G. Buchka, die Hypothek des Eigentümers S. 7 ff., Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 26, siehe auch die bei Arndts § 389 Anm. 2 zitierten Schriftsteller, sowie Wießner, d. Pfandr. an d. eignen Sache. Bresl. Inaug.-Diss. 1893.

11) l. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praescr. 44, 3, l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10, l. 2 C. adversus creditorem 7, 36, l. 19 C. de evict. 8, 44. Schmitthenner, im hessischen Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 92 betrachtet diese Verjährung als „Ersitzung der Pfandfreiheit". So auch Arndts § 390 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 17, Seuff. Archiv Bd. 26 Nr. 113. Gegen diese Auffassung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 569 ff., Wächter, Superfiziar- oder Platzrecht S. 112. Vgl. B.G.B. § 945.

vorgehenden, solange der Verpfänder lebt, 40 Jahre. Ebenso steht es nach dem Tode des Verpfänders, sofern sich der Nachhypothekar auf seine Besitzzeit während des Lebens des Verpfänders berufen will. Stützt er sich bloß auf die Zeit nach dessen Tode, so genügen 30 Jahre.[12]

Sechstes Kapitel.

Verpfändung von Rechten.

§ 292. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung.

Unter den verpfändbaren Rechten nehmen die Forderungen die erste Stelle ein.[1] Gute und sichere Obligationen sind nicht minder zuverlässige Pfänder als körperliche Sachen.

Zwei Auffassungen bestehen hinsichtlich der juristischen Natur dieses Pfandrechtes (pignus nominis). Nach der einen begründet es ein Recht an der Forderung. Dieselbe wird hiernach als Rechtsobjekt behandelt, wie eine körperliche Sache. Die Geltendmachung auch dieses Pfandrechtes geschieht durch hypothekarische Klage.

Richtiger Ansicht nach ist aber die Behandlung der Forderung als Rechtsobjekt dem römischen Rechte fremd. Sie würde voraussetzen, daß die Römer Rechte an Rechten grundsätzlich anerkannt hätten, was sich nicht nachweisen läßt.[2] In letzter Linie läuft das Recht des Pfandgläubigers der Forderung notwendig hinaus auf einen Anspruch gegen den Schuldner derselben — den Drittschuldner — zur Leistung des Schuldobjektes. Hierin ist der Kern der Verpfändung der Forderung zu suchen. Sie ist die unentziehbare Legitimation, die verpfändete Forderung behufs Befriedigung des Anspruches an den Verpfänder geltend zu machen; sie bildet eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene, hiernach beschränkte

12) l. 7 pr. §§ 1 und 2, l. 8 § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. B.G.B. kennt die vierzigjährige Frist nicht.

1) Die Verpfändung der Forderungen ist häufig Gegenstand der Untersuchung geworden. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 461. Die neueste Schrift ist von Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883, vgl. hierüber Pfersche in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 27 S. 208. Die Literatur siehe bei Hellwig S. XIII. Vgl. ferner Lazarus, Pfandrecht an Ford. 1889, sowie Oetker, d. Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in der Festschrift für Buchka 1891. Über das Pfandrecht an einer dem Schuldner gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung vgl. Oertmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 81 S. 61. Über Verpfändung von Rechten nach dem B.G.B. vgl. Bürg. R. Bd. 3 §§ 279 ff. S. 775.

2) Vgl. oben § 249 Anm. 8.

Zession.[3] Soweit die Rechte des Pfandgläubigers nicht eingreifen, bleiben natürlich die Rechte des Verpfänders bestehen. Daher hat man neuerlich die in der Verpfändung liegende Zession eine kooptierende genannt.[4]

Nur abtretbare Forderungen sind verpfändbar.[5] Ihre Verpfändung geschieht wie die körperlicher Sachen, durch Rechtsgeschäfte — Vertrag oder Testament — infolge Gesetzes und durch den Richter. Eine Form ist nach gemeinem Recht nicht erforderlich. Das Reichsrecht macht dagegen die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, von einer Anzeige des Gläubigers an den Schuldner abhängig.[6]

Dem Forderungspfandgläubiger stehen behufs Realisierung seines Pfandrechtes zwiefache Befugnisse zu:

a) Er ist befugt, die ihm verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit vom Drittschuldner beizutreiben — jus exigendi.[7] [8]

---

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 462.

4) So Hellwig a. a. O. insbesondere S. 54 ff. Eine grundsätzliche Abweichung von der Theorie der „beschränkten Zession" liegt freilich in Hellwigs Ausführungen nicht, vgl. Pfersche a. a. O.

5) B.G.B. § 1274 Abs. 2 bestimmt: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden".

6) B.G.B. § 1280.

7) Die Hauptstelle ist l. 18 pr. D. de pign. actione 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactum pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Vgl. ferner l. 20 D. de pignoribus 20, 1. Ulpianus libro 63 ad edictum: Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

8) Wichtige Fragen sind in den Quellen nicht entschieden. Kann der Forderungspfandgläubiger die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit einziehen, ehe die eigene Forderung gegen den Verpfänder fällig ist? Gewöhnlich nimmt man an, daß in diesem Falle weder der Verpfänder, noch der Pfandgläubiger Zahlung betreiben oder annehmen könne. Wolle sich der Drittschuldner also liberieren, so müsse er die Schuldsumme deponieren, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 464; hiergegen erklären sich Hellwig a. a. O. S. 148 und Pfersche a. a. O. Es ist zuzugestehen, daß diese Behandlungsweise meist nicht beabsichtigt sein wird. Der Forderungspfandgläubiger kann also die fällige Forderung einziehen und hat dann eine Geldkaution, sofern es sich um eine Geldforderung handelt. — Ist der Pfandgläubiger zur diligenten Eintreibung verpflichtet? Dies bejaht Pfersche a. a. O. Man muß ihm beitreten. Es liegt dies in den Zwecken des Geschäftes. Indem der Verpfänder sein Einforderungsrecht aufgibt, erwartet er die gehörige Beitreibung durch den Forderungspfandgläubiger, sonst wäre er unverhältnismäßig geschädigt. Dagegen ist Hellwig a. a. O. S. 240. Nach B.G.B. § 1281 ist der Pfandgläubiger erst dann zur Einziehung der Forderung berechtigt, wenn die seinige fällig geworden ist. Vorher kann der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten, vgl. § 1280.

Verpfändet ist ihm die ganze Forderung des Verpfänders, auch soweit sie den Betrag der eigenen überschreitet. Dies ist besonders wichtig, wenn der Drittschuldner in Konkurs verfallen ist. Der Forderungspfandgläubiger kann die ihm verpfändete Forderung ganz im Konkurse anmelden und hiernach berechnet sich die auf ihn entfallende Konkursdividende. Immerhin kann der Gläubiger, welchem eine Geldforderung für eine Geldforderung verpfändet ist, nicht mehr einziehen, als die eigene Forderung beträgt.[9]

Das vom Drittschuldner beigetriebene Geld wird Eigentum des Forderungspfandgläubigers und ist auf seine Forderung an den Verpfänder anzurechnen.[10]

Geht aber die verpfändete Forderung auf etwas anderes als Geld, so erwirbt der Forderungspfandgläubiger durch die Beitreibung nur ein Pfandrecht daran, das Eigentum selbst ist dem Verpfänder zu übertragen.[11]

b) Der Forderungspfandgläubiger hat weiter das Verkaufsrecht der Forderung, so daß er sich aus dem Erlöse bezahlt macht.[12]

Der Pfandgläubiger hat für eine ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen und den Gläubiger von derselben unverzüglich zu benachrichtigen.

9) l. 4 C. quae res pignori 8, 16. Alexander: Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet. Vgl. § 1282 Abs. 1 Satz 2.

10) Ebenso B.G.B. § 1288 Abs. 2, vgl. auch Abs. 1.

11) Vgl. l. 20 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 7. Viele Schriftsteller nehmen an, der Pfandgläubiger werde Eigentümer der fraglichen Sache, jedoch nur behufs Sicherung seiner Forderung. Aber die berechtigte Tendenz der Parteien und die Intention des Rechtes gingen in der späteren Zeit darauf, dem Pfandgläubiger nicht mehr Befugnisse in die Hand zu legen, als die Zwecke der Verpfändung schlechthin fordern. Dies führt auf Pfandrecht an der beigetriebenen Spezies und nicht auf Eigentum des Pfandgläubigers an derselben. Hierfür spricht auch die oben Anm. 7 abgedruckte l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. Vgl. B.G.B. § 1287.

12) Ob der Forderungspfandgläubiger das Recht zum Verkaufe der verpfändeten Forderung hat, ist in neuerer Zeit sehr bestritten. Vgl. Exner, Kritik des Pfandr. S. 164, Hellwig a. a. O. S. 33. Die quellenmäßige Stütze des Verkaufsrechtes des Forderungspfandgläubigers ist l. 7 C. de her. vel act. vend. 4, 39 von Diocletianus und Maximianus. Sie lautet nach Krüger folgendergestalt: Postquam eo decursum est, ut cautionis quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic, — ut responsum est — vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Hellwig a. a. O. S. 33 übersetzt dies folgendergestalt: Nachdem man dahin gekommen ist, Forderungen zu verpfänden, ist es anerkannten Rechtens, daß dem Pfandgläubiger eine actio utilis — wie auch respondiert wurde — zusteht, wie dem Käufer „einer" Forderung. Ich halte diese Erklärung für unbefriedigend. Die Stelle gewinnt nur dann Zusammenhang, wenn die Rede ist von dem Käufer der besprochenen, d. h. der verpfändeten Forderung. Dies stimmt damit überein, daß die Römer das Wesen des Pfandrechtes im Verkaufsrechte fanden. Nur das wird man mit Rücksicht auf die praktischen

Dies gilt unbedingt von Wertpapieren, die einen regelmäßigen Kurs haben.[18] Bei Forderungen anderer Art würde es aber gegen den guten Glauben und die bei der Verpfändung waltende Parteiintention verstoßen, wenn der Gläubiger ohne weiteres zum Verkauf der Forderung schritte. Ein solcher Verkauf wird in der Regel nur ein ungünstiges Resultat ergeben. Der Verkauf der Forderung steht deshalb dem Pfandgläubiger nur subsidiär für den Fall offen, daß der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt oder daß sich dem Eintreiben erhebliche faktische Schwierigkeiten in den Weg stellen.

Es kommt vor, daß ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache weiter verpfändet.[14] Man nennt ein derartiges Geschäft *Afterverpfändung* — *pignus pignoris, subpignus*. Die juristische Konstruktion der Afterverpfändung ist eine sehr bestrittene.

Viele sehen in ihr die Bestellung eines neuen *Pfandrechtes* an der Pfandsache durch den Pfandgläubiger.[15] Es fragt sich aber, woher der Pfandgläubiger die Legitimation zu einer derartigen Pfandbestellung nimmt? Die Pfandsache ist doch nicht in seinem Vermögen — in bonis. Er kann über sie allerdings zum Zweck der Tilgung der versicherten Forderung verfügen und zu *diesem Behufe* veräußern. Aber er hat nicht die Befugnis, sie zu *eigenen Zwecken* zu benutzen,

---

Bedürfnisse und die vermutlichen Intentionen der Parteien zugestehen müssen, daß der Forderungspfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber *verpflichtet* ist, von dem unvorteilhaften Wege des Verkaufes der Forderung nur Gebrauch zu machen, wenn sich der Realisierung durch Einziehung Hindernisse entgegenstellen. Vgl. noch Kretschmar secum pensare S. 108, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 303, Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 9. Nach B.G.B. ist ein Verkauf der verpfändeten Forderung — abgesehen von besonderen Vereinbarungen der Parteien und dem Fall des § 1295 — nicht gestattet.

13) Vgl. auch B.G.B. § 1295.

14) l. 13 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Vgl. über diese Erörterungen Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 478, siehe ferner l. 1 pr. C. si pignus pignori 8, 23: Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse jam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tamdiuque eum is qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.

15) Vgl. vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864, Exner, Kritik S. 79, ferner Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 382, Kohler, pfandrechtl. Forsch. §§ 1 ff., Demelius a. a. O. S. 271. Weitere Literatur bei Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 13.

und es kann ihm daher auch nicht zustehen, sie wegen eigener Schulden zu verpfänden. Wer die Schaffung eines neuen Pfandrechtes durch den Pfandgläubiger annimmt, dem fehlt zudem die Handhabe, um den Afterpfandgläubiger die persönliche Forderung seines Verpfänders gegen den ersten Verpfänder zu überweisen. Der erste Pfandgläubiger behielte also seine persönliche Forderung gegen den ersten Verpfänder unbeschränkt, er könnte auf sie hin Zahlung annehmen, ohne daß der Afterpfandgläubiger dies zu hindern vermöchte. Gleichwohl müßte eine solche Zahlung das Recht des Afterpfandgläubigers vernichten, da dieses den mit der Schuldtilgung eintretenden Untergang des Rechtes des Afterverpfänders nicht überdauern könnte.

Wir sehen in der Afterverpfändung nur einen Ausdruck für die Verpfändung der Forderung des Verpfänders mit seinem Pfandrechte. Hieraus ergeben sich praktisch zweckmäßige Resultate und es schwinden die Schwierigkeiten von selbst. Die Parteien sprechen von Afterverpfändung, weil es ihnen besonders auf die Sicherung durch die Rechte an dem Pfande ankommt, welches dem Verpfänder verpfändet ist. Die zweckmäßige, ihren wesentlichen Intentionen entsprechende Auffassung des Geschäftes zu finden, ist Sache der Juristen.

§ 293. Verpfändung von Servituten.[1]

Eine zwiefache Art der Verpfändung von Servituten kommt vor, nämlich einmal Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten, und zweitens Verpfändung von gleichzeitig und zu diesem Zwecke bestellten Servituten durch den Sacheigentümer.

1. Die Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche möglich.[2] Zwar ist der Nieß-

1) Über die Verpfändung der Servituten vgl. Büchel, Erört. Bd. 1 n. 3, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 26, 62, 63, Göppert über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 49 n. 12, Eisele, über Verpfändung von Servituten im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 65 n. 3, Hölder im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 n. 4, Kohler, pfandrechtl. Forsch. §§ 4 und 13, Steph. Moulin, de l'hypothèque des choses incorporelles, thèse Par. 1892 S. 35 ff. B.G.B. behandelt die Verpfändung von Servituten nicht besonders, läßt aber im § 1274 Abs. 2 ein Pfandrecht an allen Rechten zu, die übertragbar sind.

2) l. 11 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei jus uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur „si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit": nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

brauch als solcher nicht veräußerlich. Aber die Ausübung des Nießbrauches kann übertragen werden. Dies ermöglicht seine Verpfändung.

Der Pfandgläubiger erhält hierbei die Ausübung des Ususfruktes zu den Zwecken des Pfandrechtes; er kann und soll also die Früchte durch Perzeption gewinnen und auf diese Weise die versicherte Forderung nach Möglichkeit tilgen. Ist dieselbe fällig, so kann er die Ausübung des Nießbrauches pfandrechtlich verkaufen.

2. Merkwürdiger noch ist die Verhypothezierung einer erst zu errichtenden Servitut durch den Sacheigentümer.

Die wichtigste Anwendung auch dieser Verpfändungsweise ist diejenige des Nießbrauches. Es handelt sich darum, ein wirksames Pfandrecht zu bewilligen, ohne das Besitztum selbst auf das Spiel zu setzen.

Die Verpfändung wurde richtiger Ansicht nach derart in das Werk gesetzt, daß man dem Gläubiger den Nießbrauch bestellte, jedoch nur zu Pfandzwecken. Wird die versicherte Forderung nicht rechtzeitig bezahlt, so ist der Gläubiger befugt, die Ausübung des Nießbrauches an einen Pfandkäufer zu übertragen. Die Dauer des Nießbrauches bemißt sich also nach dem Leben des Gläubigers.[3] Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Gläubiger den Nießbrauch nur faktisch erhalte, daß dieser aber noch nicht infolge der Verpfändung bestehe.[4] Erst der Gläubiger bestelle ihn durch den Pfandverkauf. Er begründe ihn in der Person des Käufers. Wie soll aber Objekt eines Pfandrechtes eine Servitut sein, die erst nach dem Pfandverkauf in das Leben tritt! Wie eigentümlich wäre es auch, wenn der Umfang des verpfändeten Nießbrauches von der Person des Pfandkäufers derart abhinge, daß er variierte, je nachdem der Käufer ein Jüngling oder ein Greis wäre.

Auch die Verpfändung von Weg- und Wassergerechtigkeiten durch den Eigentümer wurde zulässig.[5] Hierbei wird die Weg- oder

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 489.

4) Vorzugsweise Büchel a. a. O. findet hier die Verpfändung einer zwar faktisch, nicht aber juristisch bestehenden Servitut. Erst wenn es zum Pfandverkaufe komme, und der Gläubiger einem Käufer die Servitut übertrage, beginne deren Existenz. Diese Ansicht ist die gewöhnliche, vgl. Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 11, Arndts § 367 Anm. 3. In eigenartiger — sich an Exner, Kritik S. 63 anlehnender — Weise verteidigt sie Kohler, Forsch. S. 38, vgl. aber auch Wendt, Pand. S. 409.

5) l. 12 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 68 ad edictum: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat — et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Wassergerechtigkeit zu Gunsten eines Grundstückes des Gläubigers, der freilich notwendig ein Nachbar sein muß, bestellt, und es wird ihm anomaler Weise das Recht zugestanden, die Felddienstbarkeit nach Fälligkeit der versicherten Forderung einem anderen Nachbarn pfandrechtlich zu verkaufen.[6] [7]

---

6) Es wurde oben § 238 Anm. 8 gezeigt, daß bei Wasserleitungen der Eigentümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen konnte, Dritten den Wassergenuß zu überlassen. Hier findet sich nun der weitere Schritt, daß aus Gründen der Utilität eine Weg- oder Wassergerechtigkeit einem Gläubiger behufs seiner Deckung eingeräumt werden kann, mit dem Rechte, sie zu verkaufen. Daß es sich um eine Anomalie im Interesse der Utilität handelt, besagt die mitgeteilte Stelle selbst. Daß diese Singularität nicht weiter ausgedehnt wurde und namentlich bei serv. pr. urbanorum nicht Platz griff, wie l. 11 § 3 D. de pignoribus 20, 1 ausdrücklich bezeugt, bedarf daher kaum der Erklärung. Indessen sind doch viele neuere Schriftsteller anderer Ansicht, vgl. Hölder, über die Anwendung der Verpfändung auf serv. urb. im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 4, Eisele a. a. O. S. 119, Kohler a. a. O. § 14, siehe auch andere bei Arndts § 367 Anm. 3 Ziff. d. Zitierte. — Über die rechtliche Konstruktion der Verpfändung der Weg- und Wassergerechtigkeiten gehen denn auch die Ansichten sehr auseinander. Alle irgend denkbaren Auffassungen sind mit Scharfsinn und wohl auch zum Teil mit Spitzfindigkeit verteidigt worden. Vgl. Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 4, Kindervater ebendort Bd. 6 S. 126, Göppert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 n. 12 mit zahlreichen Literaturnachweisungen, Eisele im Archiv für ziv. Praxis Bd. 65 S. 123, Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 253: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte".

7) Verpfändbar ist auch das Urheberrecht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 64 Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 411, R.Ges. v. 19. Juni 1901 § 8 Abs. 3, § 9.

Sachregiſter.

Es ſind ſowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer ſteht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weiſen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung.

A.

Abfindung des Pfandgläubigers (hypothekariſche Succeſſion) 693 ff. (289).
Abgaben, fiskaliſche, geſetzliches Pfandrecht 659 (269).
Abgeleiteter Beſitz 401 (172).
Abgeleiteter Eigentumserwerb 470 (201).
Abortus 110 (50).
Abſolute Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte 281 (120).
Abſtrakte Rechtsgeſchäfte 220 (95).
Abweſenheit 115 (51), Reſtitutionsgrund 330 (142), bei der Erſitzung 515 (221).
Accessio, Eigentumserwerbsart 481 ff. (206), vgl. 471 (201).
Accessio possessionis 515 (221).
Acceſſionen 174 (77).
Accidentalia negotii 217 ff. (93).
Accursius 9 (4), 30 (16).
Acquiſitivverjährung ſ. Adquiſitivverjährung.
Actio 295 (127), 352 ff. (151).
— ad exhibendum 313 (135).
— aquae pluviae arcendae 547 ff. (232), 446 (192).
— arborum furtim caesarum 312 a 3 (135).
— certae pecuniae 303 ff. (131), 362 a 19 (154).
Actio communi dividundo 460 ff. (197), 305 (131), 307 a 6 (132).
— confessoria 620 ff. (255).
— de certa re 303 (131).
— de tigno juncto 486 (208).
— doli 243 a 4 (104), 678 (281).
— duplex 306 (132).
— exercitoria 277 (118).
— familiae erciscundae 305 (131), 307 a 6 (132), 505 218).
— fiduciae 646 (263).
— finium regundorum 540 ff. (229), 505 (218), 684 (283), 307 (132).
— furti 302 (130), 312 (135), 338 a 5 (145).
— hypothecaria 681 (283), 344 (147), 648 (263), 662 a 10 (270), 697 (290).
— injuriarum 312 a 3 (135).
— in rem 446 (192), 300 (129).
— in rem expressa causa 353 a 3 (151).
— institoria 277 (118).
— judicati 374 a 7 (161).
— legis Aquiliae 302 (130), 312 a 3 (135).
— legis Aquiliae utilis 299 (128).
— locati 314 (135).
— momenti; momentariae possessionis 437 a 14 (188).
— nata 340 (146).

Actio negatoria 623 ff. (256), 468 (199), 549 (232).
— negotiorum gestorum 529 a 26 (225).
— Pauliana 284 (120).
— pigneraticia 681 ff. (283), 678 (281), 648 (263).
— praescriptis verbis auf Erfüllung eines Modus 269 (115).
— prohibitoria 623 a 4 (256).
— Publiciana 453 (194), 535 ff. (228), 498 (215), 500 (216), bei Servituten 621 (255).
— quanti minoris 344 (147).
— quasi Serviana 681 (283).
— quod metus causa 240 (103), 301 (129), 325 (139).
— redhibitoria 324 a 2 (139), 344 (147).
— sepulcri violati 316 a 2 (136).
— Serviana 681 ff. (283), 648 (263).
— simplex, duplex 306 (132).
— spolii 438 ff. (189).
— utilis ad rem vindicandam 425 (225).
— viae rejectae 541 (229).
— vi bonorum raptorum 312 a 3 (135).
Actiones arbitrariae 307 ff. (133).
— bonae fidei 303 ff. (131).
— civiles 299 (128).
— contrariae 299 a 7 (128).
— directae 299 a 7 (128).
— directae, utilis 299 (128).
— honorariae 299 (128).
— in factum, in jus conceptae 299 a 6 (128).
— in personam, in rem 300 (129), vgl. 304 (131).
— perpetuae 337 ff. (145).
— poenales 302 (130), 45 (21).
— populares 302 (130).
— praejudiciales 309 (134).
— quae rem persequuntur 302 (130).
— stricti juris 305 (131).
— temporales 337 (145).
— vindictam spirantes 316 (136).
Actus (Servitut) 581 (242).
Actus legitimi 247 a 13 (105).
Addictio bonorum 185 a 9 (81).
— in diem 261 (112).
Adel, Autonomie 54 (25).
Adjecta causa 353 a 3 (151).
Adjudicatio als Bestandteil der formula 298 (128).
Adjudikation 505 ff. (218), 462 (197).
Adjunctio 485 (208).
Adminicula servitutis 581 (242).
Administratio cum libera 280 (119).
Administration s. Sequestration.
Adplumbatio 488 a 7 (209).
Adquisitivverjährung 366 ff. (144), vgl. auch Ersitzung.
Ädilizische Klagen, Verjährung 337 (145), 344 (147).
Aequitas 208 ff. (124), 73 (34), vgl. 43 (20), 98 (45).
Affectus possessionis 401 (172).
Affirmative Bedingungen 248 (106), 256 (110).
Affirmative Servituten 573 (239).
Aftermieter, gesetzliches Pfandrecht an dessen Illaten 656 (268).
Afterverpfändung 702 (292).
Agenten 277 a 3 (119).
Ager arcifinius 169 (74).
— limitatus 169 ff. (74).
— vectigalis 631 (258).
Aktiengesellschaften 142 (61).
Alienatio 190 (83).
Alluvion 483 (207).
Alter der Rechte 186 ff. (82).
— der Pfandrechte 689 (286).
Altersstufen 118 ff. (53, 54).
Alveus derelictus 484 (207).
Amalfi 17 a 3 (9).
Ambitus 468 (200).
A momento ad momentum 204 (88).
Analogie 82 (38).
Anerkennung 190 (84).
Anfechtbarkeit 281 ff. (120).
Anführungspflicht im Prozeß 365 (156).
Angebrachtermaßen, Abweisung 367 (157).
Animus beim Besitzerwerb 408 (177).
— domini 401 (172).
— possidendi 400 ff. (172), 414 ff. (179).
Annus continuus, utilis 203 ff. (88 ff.).
Anomalien 71 (33).
Anrechnungstheorie bei der Klagenkonkurrenz 312 a 3 (135).

Anrüchigkeit 130 (58).
Anſchlußpfändung 663 (271).
Anſchwemmung 483 (207).
Anſpruch 85 (39), 87 a 9 (39), 297 a 7 (127).
Anſtalten als juriſtiſche Perſonen 134 ff. (59), 143 ff. (62).
Antichreſe 673 (278).
Antinomien 78 (36), vgl. 80 a 20 (36).
Anwendungsſphäre der Rechtsnormen 92 ff. (43 ff.).
Anzeichnen 411 (178).
Apprehenſion 409 (178).
Aqua aestiva 583 (243), 627 (257).
Aquaeductus 583 (243), 628 (257).
Aquaehaustus 583 (243), 628 (257).
Argumentum a contrario 76 a 10 (35).
Arreſt 389 ff. (168), A. begründet Pfandrecht 663 (271).
Auctoris laudatio 527 (225), 622 (255).
Aufgeben des Beſitzes 425 (182), vgl. 473 a 8 (203).
Aufhebung der Rechte, ſ. Beendigung.
Auflage (modus) 267 (115).
Auflaſſung 449 a 9 (193), 491 (211).
Auflöſende Bedingungen 249 (106), vgl. 499 (215).
Aufſchiebende Bedingungen 249 (106), vgl. 499 (215), Unterſchied vom modus 269 (115).
Ausdrückliche Willenserklärung 225 (98).
Auseinanderſetzung der Miteigentümer 462 (197).
Ausgaben des corpus juris civilis 13 (7).
— des corpus juris canonici 22 a 1 (12).
Auslegendes Recht 69 (32).
Auslegung der Geſetze 72 ff. (34 ff.), vgl. 51 (24).
— der Rechtsgeſchäfte 286 ff. (123).
Ausſichtsgerechtigkeit 586 (244).
Ausübung der Rechte 88 ff. (41).
Auswerfen (jactus missilium) 494 (213).
Außerkrafttreten der Rechtsnormen 50 ff. (23 ff.), 64 (30).
Außerordentliche Erſitzung 518 ff. (222), 509 (219).
Authenticae 21 (11).
— Fridericianae 26 (14).
Authenticum 21 (11).
Authentiſche Interpretation 72 (34), 81 ff. (37).
Autonomie 54 (25).
Autor 184 (81).
Avulsio 483 (207).
Azo 30 (16).

B.

Bach 167 a 2 (73).
Balduinus 32 (16).
Baldus de Ubaldis 31 (16).
Bartolus de Sassoferrato 31 (16).
Baſeler Feſtungsſtreit 163 a 1 (71).
Baſiliken 11 (5), 18 (9).
Bauen (inaedificatio) 485 (208).
Baumaterialien 486 (208), 407 (176), 635 (259), 699 a 6 (291), 175 (77).
Baupolizei 465 (198).
Bauten (Nachbarrecht) 466 (199), 468 (200).
Bedingte Eigentumsübertragung 260 (111).
Bedingte Tradition 497 ff. (215).
Bedingungen 245 ff. (105 ff.).
Beendigung des Beſitzes 423 ff. (182 ff.).
— der Dienſtbarkeiten 615 (254).
— des Eigentumes 520 (223).
— der Emphyteuſis 639 (260).
— der juriſtiſchen Perſon 147 ff. (64).
— der Klagerechte 315 (136).
— des Pfandrechtes 698 ff. (291 ff.).
— der Rechte 187 ff. (83).
— der Superfizies 636 (259).
Befriſtung 264 ff. (113 ff.), 270 ff. (116), vgl. Unterſchied von der Verjährung 335 (144).
Befruchtung eigener Tiere durch fremde 477 a 2 (205).
Beginn und Ende der Perſönlichkeit 109 ff. (50).
Begräbnisſtätten 161 (70).
Begründung der Emphyteuſis 637 (260).
— der juriſtiſchen Perſonen 145 (63).
— des Pfandrechtes 651 (265 ff.).
— der Servituten 607 (251 ff.), vgl. 582 (242).
— der Superfizies 634 (259).

Begründung der Klage 366 ff. (157).
Bekräftigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 285 a 5 (121).
Belastungen des Eigentumes 464 (198).
Beneficium juris (privilegium) 71 (33).
— cedendarum actionum 683 (283).
— excussionis personalis 683 (283).
— excussionis realis 683 (283).
— Gordianum 674 (279).
Bergbaurecht 465 (198).
Berger 34 (16).
Beschränkungen des Eigentumes 464 (198).
Besitz 391 ff. (169 ff.).
— des Emphyteuta 637 (260).
— des Nießbrauchers 595 (247).
— des Pfandgläubigers 672 (278).
— des Sequesters 403 (173).
— des Superfiziars 635 (259).
Besitzeinweisung 388 (167).
Besitzergreifung 411 (178).
Besitzinterdikte 397 ff. (171 ff.), 428 (184).
Besitzklagen 428 ff. (184 ff.).
Besitzübertragung 420 ff. (181 ff.).
Besitzverlust 423 ff. (182 ff.).
Besitzwille 414 (179).
Bestätigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 285 a 5 (122).
Betrug 243 ff. (104), Restitutionsgrund 325 (139).
Beute 473 a 9 (203).
Bewegliche Sachen 170 (74).
Beweggründe 218 (94), 235 (102).
Beweis 368 (159).
Beweis eines Gewohnheitsrechtes 61 (28).
Beweispflicht 365 (156), bei Nebenbestimmungen 271 (116).
Bienen 468 a 12 (199).
Biennium luitionis beim Pfandverkauf 679 (281).
Bildung der Rechtsnormen 50 ff. (23 ff.).
— des gemeinen Rechtes 1 (1).
Billigkeit s. aequitas.
Bischofsstühle als juristische Personen 133 (62).
Bissextum 205 (89).
Blödsinnigkeit 125 ff. (56).
Blutsverwandte 49 (22).
Bodenzins 633 (259).
Böhmer 34 (16).
Bologna (Schule von B.) 9 (4).
Bona = Vermögen 47 (22).
Bona fides 288 (124).
— bei der Verjährung 348 (149).
— beim Besitzerwerb 450 (194).
— bei der Ersitzung 509 ff. (220), bei der Ersitzung der Servituten 614 (252).
Bonae fidei actiones 303 (131).
— fidei possessio 406 (175), 450 ff. (194).
Bonitarisches Eigentum 447 (193).
Bote 273 (117), 278 a 4 (119).
Brachylogus juris civilis 30 a 2 (16).
Brevi manu traditio 423 (182), 491 (211).
Brinz 37 (17).
Brissonius 32 (16).
Brunnemann 34 (16),
Bürgerliche Ehre 129 (58).
Bürgschaft, Verhältnis zum Pfandrecht 641 (261).
Bulgarus 30 (16).
Byzanz 17 (9).

C.

Canon bei der Emphyteuse 638 a 17 (260).
— redintegranda 438 (189).
Capitis deminutio 113 ff. (50), 325 (139), 666 a 5 (273).
Carolina 27 (14).
Carpzov 34 (16).
Cascellianum judicum 431 a 5 (185).
„Casus unus“ 524 a 9 (224).
Causa 218 ff. (95).
— adjecta 353 a 3 (151).
— detentionis 421 a 5 (181).
— perpetua bei Servituten 577 (240).
— possessionis 415 (179).
— traditionis 494 (213).
Causae favorabiles 289 (124).
— piae 143 (62).
— solvendi, credendi, donandi 219.
Cautio 387 ff. (167).
— damni infecti 542 (230 ff.), 182 (80), 388 (167), 449 a 10 (193), 625 a 13 (256), 661 (270).

Cautio de non turbando 622 (255), 625 (256).
— ex operis novi nuntiatione 553 (233).
— legatorum servandorum causa 388 (167).
— usufructuaria 597 (248).
Ceſſion ſ. Zeſſion.
Chikane, Verbot derſelben 89 (41), 466 (199).
Chirographariſche Forderungen 640 (261), Pfandrecht wegen derſelben 673 (279).
Citiermethode ſ. Zitiermethode.
Civiles actiones 299 (128).
Civilis computatio 203 ff. (88 ff.).
— possessio 406 (175).
„Civiliter uti“ 90 (41), 568 (237).
Civilkomputation ſ. Zivilkomputation.
Civilrecht ſ. Zivilrecht.
Civis 100 a 1 (46).
Clausula generalis (Reſtitutionsgründe betreffend) 331 (142).
Clementinae 23 (12).
Codex constitutionum 19 ff. (10).
— Egnatianus 20 a 5 (10).
— Fabrianus 32 a 9 (16).
— Gregorianus 11 (5).
— Hermogenianus 11 (5).
Cognati 49 (22).
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum 11 (5).
Collegia 138 a 8 (60).
Colliſion ſ. Kolliſion.
Commissoria lex 674 ff. (280), 217 (93), 261 (112), 646 (263).
Commixtio 489 (210).
Communio incidens 454 a 3 (195).
Compossessio 394 a 10 (169).
Compromissum 382 ff. (165 ff.).
Computatio temporis 203 ff. (88 ff.).
Concilium Tridentinum 24 (13).
Concordia discordantium canonum 23 (12).
Concursus actionum 314 (135).
Condemnatio 298 (128).
Condicio 245 ff. (105).
— facti 246 (105).
— in non faciendo 249 (106).
— juris 246 (105).
Condicio in praeteritum, in praesens collatae 251 (107).
Condictio 303 ff. (131), 221 (95).
— certi, incerti 304 a 7, 304 a 8 (131).
— ex canone 439 (189).
— furtiva 302 (130), 312 (135).
— indebiti 255 (109), 360 a 19 (154).
— Iuventiana 235 a 7 (102).
— negotiorum gestorum 529 a 26 (225).
— possessionis 438 (188).
— sine causa bei Stiftungen 144 a 6 (62).
— triticaria 303 (131).
— beim Modus 268 (115).
Condominium 454 ff. (195 ff.).
Confessio in jure 191 (84), 226 a 14 (98).
Confusio ſ. Konfuſion.
Consolidatio 617 (254).
Constitutio cordi 19 (10).
— δέδωκεν 16 (9).
— deo auctore 16 (9).
— haec quae necessario 19 (10).
— summa reipublicae 19 (10).
— tanta 16 (9), 20 (10).
Constitutum possessorium 421 ff. (181), 491 (211), 647 (263), 650 (264).
Consuetudo revertendi bei Tieren 521 (223).
Conſumtion ſ. Konſumtion.
Continuae servitutes 573 (239).
Continuum tempus 208 ff. (90), 515 a 5 (221).
Contrariae actiones 299 a 7 (128).
Contravindicatio 306 a 5 (132).
Corpus beim Beſitz 408 (177).
Corpus ex distantibus, contingentibus 156 ff. (68).
— juris canonici 22 ff. (12).
— juris civilis 12 ff. (6).
Crimen vis 291 (125).
Cujacius 32 (16).
Culpa 197 ff. (86).
Curator ventris 111 (50).
Custodia 410 (178).

D.

Datum der Rechte 186 ff. (82).
Decrete ſ. Dekrete.
Decretum divi Marci 291 (125).
— Gratiani 23 (12).
Defenſionalpflicht 365 (156).
Dejektion 437 (188).
Dekretalen Gregors IX. 23 (12).
Dekrete der römiſchen Kaiſer 52 (24).
Delikte 181 (79), 183 (80).
Deliktsfähigkeit 120 (53).
— der Korporationen 154 a 8 (66).
— Klagen 302 (130).
Demens ſ. Wahnſinn.
Demonstratio 298 (128).
Denuntiatio bei der Verpfändung von Forderungen 703 (292).
Dereliktion 520 ff. (223), vgl. 494 a 4 (213).
— der Emphyteuſis 639 (260).
— der Servituten 615 ff. (254).
— der Superfizies 636 (259).
Derivativer Eigentumserwerb 490 ff. (211 ff.), 470 (201).
Derogatoriſche Kraft jüngerer Geſetze 65 (30), des Gewohnheitsrechtes 61 (28).
Detention 400 ff. (172), 404 (174).
Deterioration bei Emphyteuſis 638 (260).
Dicta Gratiani 23 (12).
Dienſtbarkeiten 560 (235).
Dies 264 ff. (113).
Diffamationsklage 310 a 4 (134).
Digeſten 16 ff. (9).
Digestum novum, vetus 13 (7).
Dilatoriſche Einreden 321 (138), 343 (146).
Diligens pater familias 198 (86).
Dingliche Klagen 300 (129).
— Rechte 47 ff. (22), 443 ff. (192).
Dinglicher Charakter des Pfandrechtes 643 ff. (262).
Directae actiones 299 (128).
Discontinuae servitutes 573 (239).
Dispoſitivgeſetze 69 ff. (32).
Diſſimulierte Geſchäfte 230 ff. (100).
Distractio pignoris ſ. Pfandverkauf.
Dolus 197 ff. (86), 243 (104), causam dans, incidens 245 a 11 (104), Reſtitutionsgrund 325 (139).
Domicilium ſ. Domizil.
Dominii impetratio 678 (281).
Dominium 444 a 5 (192).
— directum, utile 632 (258).
— dormiens ſ. ruhendes Eigentum.
Domizil 100 ff. (46).
Donellus 32 (16).
Doppelſeitige Klagen 306 ff. (132).
Dorotheus 16 a 3 (8).
Dos iſt causa favorabilis 299 (124).
Dotalhypothek 660 (269), 691 ff. (287).
Dritte, Wirkung des Urteils für und gegen D. 381 ff. (164).
Drittſchuldner 703 (292).
Drohung 240 (103).
Duarenus 32 (16).
Duplex interpretatio 78 (36).
Duplik 320 (137).
Durantis 31 (16).

E.

„Eadem res“ bei der exceptio rei judicatae 375 ff. (162).
Ediktalien bei der Todeserklärung 116 (51).
Edikte 52 (24).
Egnatianus codex 20 a 5 (10).
Ehebeſitz 442 (191).
Ehemündigkeit 123 (54).
Ehre 129 ff. (58).
Eid als Beſtärkungsmittel 284 (121).
Eigentum 443 ff. (192 ff.).
Eigentumsbelaſtungen, Eigentumsbeſchränkungen } 464 ff. (198).
Eigentumsklage 522 ff. (224 ff.), vgl. 300 ff. (129).
Eigentumsübertragung 490 ff. (211 ff.), bedingte E. 258 (111).
Eigentümerhypothek 699 ff. (291).
Einkommen 176 ff. (78).
Einlaſſungspflicht 365 (156).
Einrechnung der Erſitzungszeit 515 (221).
Einrede ſ. exceptio, Verjährung 349 (150), Rechtskraft der Entſcheidung über eine E. 379 (163).

Einſeitige Rechtsgeſchäfte 215 (92).
Einſeitige Verträge 215 (92).
Einſtweilige Verfügungen 389 (168).
Eintragung des Eigentums 449 a 9 (193), 491 (211).
— der Hypotheken 649 ff. (264).
Einweiſung ſ. missio, Miſſionen.
Einziehung 506 (218).
Emancipatio Germanica 25 (14).
Emblemata Triboniani 33 a 10 (16).
Embryo 109 ff. (49, 50).
Emphyteuſis 632 (258), 636 ff. (260).
Emphyteuta, Beſitzverhältnis 403 (173).
— Fruchterwerb 477 ff. (205).
— Legitimation zur konfeſſoriſchen Klage 620 (255).
— Verpfändungsbefugnis 652 (266).
Emptio bonorum 661 a 4 (270).
Ende ſ. Beendigung.
Endtermin 266 (114), vgl. 188 a 3 (83).
Entmündigung der Geiſteskranken 125 (56).
— der Verſchwender 127 ff. (57).
Entſagung ſ. Verzicht.
Entſcheidungsgründe, Rechtskraft derſelben 380 (163).
Entſchuldbarer Irrtum 200 ff. (87).
Entſtehung der Rechte ſ. Begründung und Erwerb.
Entſtehung der juriſtiſchen Perſonen 145 ff. (63).
Entwährung beim Pfandverkauf 679 ff. (282).
Epitome Juliani 21 (11).
Erbe, Succeſſion in die Erſitzung 515 (221).
Erbrecht, Begriff und Stellung im Syſtem 48 ff. (22).
Erbſchaft, ruhende, 144 (62).
Erbſchaftsklage 301 (129).
Erbzinsgüter 636 (260).
Erbzinsvertrag 632 (258).
Erfüllung der Bedingungen 256 ff. (110 ff.).
Erfüllungsklagen 307 (133).
Ergänzende Geſetze 69 (32).
Erlaß ſ. Verzicht.
Erlöſchende Verjährung 336 ff. (144 ff.), vgl. 106 (48), 616 (254), 636 (259), 639 (260).
Error 200 ff. (87), 233 ff. (101 ff.).
Error in substantia 237 (102).
Erſatzklagen 307 (133).
Erſitzung des Eigentumes 506 ff. (219 ff.), 471 (201), 183 (81), 336 (144).
— der Emphyteuſis 637 (260).
— der Freiheit 619 (254).
— der Pfandfreiheit 701 (291).
— des Pfandrechts 651 a 2 (265).
— der Servituten 612 ff. (252).
— der Superfizies 634 (259).
Erwerb der Rechte 181 ff. (80).
— des Beſitzes 407 ff. (176 ff.).
— des Eigentumes 470 ff. (201 ff.).
— des Pfandrechts 651 ff. (265 ff.).
Erwerbende Verjährung 336 (144), vgl. Erſitzung, usucapio.
Erwerbsgrund ſ. causa.
Essentialia negotii 217 ff. (93).
Eviktion beim Pfandverkauf 679 (282), 80 a 18 (36).
Exceptio, Begriff 317 ff. (137), 367 (158).
— doli 244 a 4 (104), 266 a 10 (114), 322 a 11 (138), 351 a 9 (150), 320 (138), 535 (227).
— doli specialis, generalis 322 ff. (138).
— dominii 500 (216), 536 a 7, 538 (228).
Exceptio in rem, in personam 322 (138).
— non adimpleti contractus 322 a 10 (138).
— quod metus causa 241 (103).
— rei, personae cohaerens 321 (138).
— rei in judicium deductae 376 a 3 (162).
— rei judicatae 375 ff. (162), 322 (138).
— rei venditae et traditae 448 (193), 499 ff. (216), 504 a 7 (217).
— S. C. Macedoniani 322 (138).
— S. C. Vellejani 319 a 12 (137).
— spolii 438 ff. (189).
— sub- et obreptionis 195 (85).
— vitiosae possessionis 434 a 18 (186).
Exercitor navis 276 (118).
Exhibition 313 ff. (135).
Existimatio 129 (58).
Expressa causa 353 a 3 (151), 377 (162).

Exſtinktivverjährung 336 (144).
Extenſive Interpretation 76 (35).
Extraordinaria cognitio 300 (128).
Extravagantes 24 (12).

F.

Facta concludentia 225 (98).
Fahrweg 582 (242).
Familie 49 (22).
Familienrecht, Stellung im Syſtem 49 (22).
Fauſtpfand 642 (261).
Fehlerhafte Rechtsgeſchäfte 281 ff. (120).
Feldgrundſtücke 572 (239).
Feldſervituten 580 ff. (242), 573 (239), Verpfändbarkeit 706 (293).
Fenſterrecht 586 (244).
Ferruminatio 488 a 7 (209).
Feſtſtellungsklagen 309 ff. (134), 283 (120), 296 a 5 (127), negative F. 524 (224).
Ficta possessio 527 ff. (225), 622 (255), 682 (283).
Fictio legis Corneliae 84 a 6 (38).
Fiktionen 84 (38), 112 (50).
Fides ſ. bona fides.
Fiducia und Hypothek 647 (263).
Fiduziariſche Geſchäfte 232 (100).
Finder 404 a 6 (173), 482 ff. (206).
Fiſcherei 474 (203).
Fiskus als juriſtiſche Perſon 143 ff. (62).
— geſetzliches Pfandrecht 659 (269), 689 (287).
— Pfandprivileg 689 (287).
— Unerſitzbarkeit fiskaliſcher Sachen 511 (220).
— Verjährungsprivilegium 343 (147).
Fließendes Waſſer 160 (69).
Florentia 17 (9).
Flüſſe 166 ff. (73), 483 (207).
Flußbett 483, 484 (207).
Flußinſel 484 (207).
Forderungsklagen 301 (129).
Forderungsnießbrauch 602 ff. (249).
Forderungspfandrecht 702 ff. (292).
Forderungsrechte 48 ff. (22).
Form der Rechtsgeſchäfte 222 ff. (97 ff.).
Formaliſierung des Pfandrechts 648 ff. (264).
Formelle Geſchäfte 222 (97).
Formula 298 (128).
Formularprozeß 297 ff. (128), Behandlung der exceptiones 318 (137).
Foſſilien 465 a 12 (198).
Fragmenta (leges) 17 (9).
— Vaticana 11 (5).
Fragmente, Neapolitaner 17 (9).
— Pommersfelder 17 (9).
Frauen 124 ff. (55).
— Rechtsirrtum 202 (87).
Frucht, Begriff 176 ff. (78).
Fruchtertrag beim Miteigentum 458 (196), der Pfandſache 667 (273).
Fruchterwerb 477 ff. (205), 435 (227).
Fructus ſ. Frucht.
Fund 404 a 6 (173), 483 (206).
Fundamentum agendi 355 (152).
Fundata intentio 8 (4).
Fundi patrimoniales 631 (258).
Fungibilien 171 (75).
Furiosus 125 (56), 659 (269).
Furtivität 510 (220), 519 (222).
Furtum 510 a 9 (220), 498 (215).
Furtum possessionis 670 a 5 (276).
— usus 672 (278).
Fußſteig 581 (242).

G.

Gaill 33 (16).
Gajus 11 (5).
Gebäudeſervituten 584 ff. (244), 572 (239).
Geburt des Menſchen 109 (50), Tierjunge 477 a 2 (205).
Geiſteskranke 125 (56), 659 (269).
Geld als verbrauchbare Sache 171 (75).
— Erwerb durch Konſumtion 490 (210).
— Pfandrecht an Geld 665 (272).
Gemälde 488 (209).
Genehmigung 190 (84), 279 (119), 285 (122).
Generalhypotheken 659 (269).
Generalvollmacht 278 (119).
Genoſſenſchaften 142 (61).

Gerichtsgebrauch 62 (29), 50 (23).
Gesamteigentum 459 (196).
Geschäftsirrtum 233 ff. (101).
Geschlecht 124 (55).
Gesellschaft 139 ff. (61).
Gesetzgebung 51 ff. (24 ff.).
Gesetzliche Pfandrechte 656 ff. (268 ff.).
Gestohlene, geraubte Sachen 492 (212), 519 (222).
Gewaltuntergebene 117 ff. (52).
Gewohnheitsrecht 56 (26 ff.).
Glossa ordinaria 9 ff. (4).
Glossatoren 29 ff. (16).
Gordianum, pignus 674 (279), 686 a 6 (286).
Gothofredus 32 a 9 (16).
Grammatische Interpretation 74 ff. (35).
Gregor IX. 23 (12).
Grenzscheidung 468 (200).
Grenzscheidungsklage 539 (229), 301 (129).
Großjährigkeit 123 (54).
Großjährigkeitserklärung 123 (54).
Grundbuch 491 (211), 650 (264).
Grundstücke, Teilung derselben 172 (76).
Gutgläubiger Besitzer 406 (175), 450 ff. (194), Fruchterwerb 478 (205), Anspruch auf Verwendungen 534 (227).

H.

Habitatio 605 (250).
Haloander 33 (16).
Haloandrina lectio 18 (9), 22 a 5 (11).
Handelsgesellschaft, offene 142 (61).
Handlungsbevollmächtigte 277 a 3 (119).
Handlungsfähigkeit 117 ff. (52 ff.).
Handlungsunfähige 280 (119).
Hauskinder 117 ff. (52).
Herde, Vindikation 530 a 3 (226), vgl. 158 a 6 (68).
— Nießbrauch 593 (247).
Hereditas jacens 144 (62).
Hereditatio petitio 305 (131).
Hermaphroditen s. Zwitter.
Herrenlose Sachen 472 (203).
Historische Schule 34 (17).
Historische Vereinigung der Antinomien 80 (36).
Hoheitsrechte als Gegenstand des Besitzes 442 (191).
Honorariae actiones 299 (128).
Hugo 30 (16), 36 (17).
Hyperocha 680 (282), 687 (285), 692 (288).
Hypothek 643 (261), 645 ff. (263 ff.), 650 (264).
— des Eigentümers 700 (291), 698 (290).
Hypothekarische Klage 681 ff. (283).
— Succession 693 ff. (289).
Hypothekenbücher 649 (264).

I.

Identität des Streitobjektes 377 (162).
Ihering 37 (17).
Illaten des Mieters und Pächters, gesetzliches Pfandrecht 656 (268).
Immemorialpräskription 371 (160).
Immissionen 466 (199), 586 (244).
Immissium (Servitut) 586 (244).
Immobilien 169 (74).
Impensae 533 ff. (227), 601 (248), 683 (283).
Impetratio dominii 678 (281).
Impuberes 119 (53).
Inaedificatio 485 (208).
Incident s. Inzident.
Incola 100 a 1 (46).
In complexu, Rezeption des römischen Rechtes 8 (4).
Indefensus 298 (128).
Individualisierung der Streitsache 352 ff. (151).
Individualsachen 171 (75).
In factum actiones 299 a 6 (128).
Infamie 130 ff. (58).
Infantes 119 (53), 122 (54).
Infortiatum 13 (7).
In fraudem legis 68 (31).
In integrum restitutio 324 ff. (139 ff.).
In jure cessio 221 (95), 223 (97), 448 (193), 491 a 3 (211), 611 (251), 645 (263).
In jus concepta actiones 299 a 6 (128).
Inkorporation, Eigentumserwerb 485 ff. (208, 209).

Inſel 484 (207).
Inſtitutionen 15 ff. (8).
Instrumentum pacis Osnabrucensis 27 (14).
Intentio 298 (128).
Interdicta apiscendae possessionis 429 (184).
— exhibitoria 299 (128).
— popularia 302 (130).
— prohibitoria 299 (128).
— recuperandae possessionis 428 (184).
— restitutoria 299 (128).
— retinendae possessionis 430 (185), 428 (184), 307 (132).
Interdictum de aqua cottidiana et aestiva 627 (257).
— de clandestina possessione 438 a 17 (188).
— de itinere actuque privato 627 (257).
— de migrando 658 (268).
— demolitorium 554 (233).
— de precario 428 a 2 (184).
— de superficiebus 630 (258).
— de vi 438 (188).
— quod legatorum 429 (184).
— quod vi aut clam 555 (234), 628 (257).
— quorum bonorum 429 (184).
— Salvianum 429 (184), 684 (284).
— unde vi 428 (184).
— unde vi utile 626 (257).
— uti possidetis 428 (184), 430 ff. (185 ff.), 558 a 20 (234).
— uti possidetis utile 626 (257).
— utrubi 431 (185).
Interdikte, Interdiktenverfahren 299 (128).
Interdiktion 128 ff. (57).
Internationales Privatrecht 97 ff. (45).
Interpolationen 78 (36).
Interpretation der Geſetze 72 ff. (34 ff.)
— der Rechtsgeſchäfte 286 ff. (123).
— grammatiſche 74 ff. (35).
Interzeſſion der Frauen 124 (55).
— durch Pfandbeſtellung 653 (266).
Inteſtabilität 129 (58).
Invecta et illata ſ. Illaten.
Inventariſierung beim Nießbrauch 601 (248).
Inzidentfeſtſtellungsklage 311 (134), 379 (163).
Inzidentrechtsverhältnis, Rechtskraft der Entſcheidung hierüber 378 ff. (163).
Irnerius 30 ff. (16).
Irregulare, pignus 665 (272).
Irreguläre Perſonalſervituten 607 (250).
Irrtum 200 ff. (87 ff.), 233 ff. (101 ff.), Reſtitutionsgrund 325 (139).
Iter 581 (242).

J (j).

Jacobus 30 (16).
Jactus missilium ſ. Auswerfen.
Jagd als Frucht des Grundſtückes 177 (78), 474 (203).
Jason Mainus 31 (16).
Judex 298 (128).
Judicium 298 (128).
— Cascellianum 431 a 5 (185).
— rescindens, rescissorium 333 (143).
— secutorium 431 a 5 (185).
Junge von Tieren 477 a 2 (205).
Jüngſter Reichsabſchied 27 (14).
Jura in re 444 (192).
— quaesita 94 a 8 (43).
— singulorum 151 (65).
Juramentum in litem 308 (133), 523 (224).
Juratoriſche Kaution 598 (248).
Juriſtenrecht 62 (29).
Juriſtiſche Perſonen 108 (49), 134 ff. (59 ff.).
Juriſtiſcher Beſitz 400 ff. (172 ff.), 407 ff. (176 ff.).
Jus aequum 73 (34).
— civile 42 ff. (20).
— commune 70 (33).
— distrahendi 674 ff. (280).
— exigendi 703 (292).
— gentium 44 (20).
— honorarium 43 (20).
— naturale 44 (20).
— offerendi et succedendi 695 (289), 692 (288).
— pecoris ad aquam appulsus 584 (243).
— possessionis 393 (169).
— possidendi 393 (169).
— prohibendi 573 (239).
— quaesitum 94 a 8 (43).

Jus reformandi 152 (65).
— scriptum 51 (23).
— singulare 70 ff. (33 ff.).
— strictum 73 (34).
— tollendi 535 (227).
Justa causa traditionis 494 (213).
Justa possessio 406 (175).
Justus titulus bei der Ersitzung 512 (220).
Juventiana condictio 236 a 6 (102).

K.

Kanonisches Recht 22 ff. (12).
Kasuelle Bedingungen 249 (106).
Kauf auf Probe 253 (108).
Kautionen 387 (167).
Kautionspflicht des Nießbrauchers 597 (248).
Kindheit 119 (53).
Kirche, gesetzliches Pfandrecht 659 (269).
— Verjährungsprivilegium 343 (147).
Kirchen, juristische Personen 143 (62), 138 (60), Unersitzbarkeit der Immobilien der K. 511 (220).
Kirchenämter als Gegenstand des Besitzes 442 (191).
Klage 295 ff. (127).
— Erfordernisse nach der CPO. 355 (152).
— Vortrag und Inhalt 366 ff. (157).
Klageerhebung 357 ff. (153).
Klagegrund, Begriff 355 ff. (152).
Klagenkonkurrenz 311 (135).
Klagenverjährung 335 ff. (144 ff.), 701 (291).
Klagerechte 295 ff. (127 ff.).
Klaglose Forderungen 668 (274).
Klassifikation der Privatrechte 46 ff. (22).
Kodizillarklausel 289 a 6 (124).
Kodifikation 12 a 2 (6), Charakter der justinianischen K. 12 (6).
Körperliche Sachen 154 (67).
Kollision der Rechte 90 ff. (42), örtliche Statutenkollision 97 ff. (45 ff.), zeitliche 186 (82).
Kollusion der Prozeßparteien 541 (229).
Kommentatoren 32 (16).
Kommissionär 277 ff. (119).
Kommixtion 489 (210).
Kommorienten 112 (50).
Kommunale Verbände 138 (60).
Kompensationseinrede 351 (150).
Kompilatoren 12 (6).
Kompromiß 382 ff. (165 ff.).
Kondiktionen 303 (131).
Konfirmatorische Tatsachen 187 (82).
Konfiskation 506 (218).
Konfusion, Eigentumserwerb durch K. 489 (210).
— Beendigung der Servituten durch K. 617 (254).
Konkludente Handlungen 225 (98).
Konkurrenz der Klagen 311 ff. (135).
Konkurs 256 (109), 347 (148), 691 (287), 704 (292).
Konnossement 412 (178).
Konsolidation 617 (254), 639 a 26 (260).
Konstitutive Übertragung 184 (81).
Konstitutiver und translativer Erwerb 184 (81).
Konsumptibilien 172 (75).
Konsumtion des Klageanspruches 375 (162).
Konsumtionstheorie bei der Klagenkonkurrenz 312 a 3 (135).
Konvaleszenz fehlerhafter Geschäfte 285 (122).
Konversion der Rechtsgeschäfte 289 (124).
Körperliche Sachen 155 (67).
Korporationen 134 ff. (59 ff.), 137 (60).
Korrektorische Gesetze 65 (30).
Kreise 138 (60).
Kumulationstheorie bei der Klagenkonkurrenz 312 a 3 (135).
Kupferstiche 488 (209).
Kuratel über Abwesende 115 (51).
Kuratoren 120 (53).

L.

Läsion 326 ff. (139, 140).
Lästige Rechtsgeschäfte 216 (92).
Laudatio auctoris 527 (225), 622 (255), 527 a 16 (225).
Lauterbach 34 (16).
Lebensfähigkeit 109 (50).
Lebenspräsumtion 114 (51).
Lectio Florentina 17 (9).

Lectio Haloandrina 18 (9).
— vulgata 17 (9).
Legalhypotheken 689 ff. (287 ff.).
Legalſervituten 470 (200).
Leges = fragmenta 17 (9).
Leges perfectae, minus quam perfectae, imperfectae 67 (31).
Leges restitutae 19 a 1 (10).
Legis actio per condictionem 303 (131).
Legis actiones 297 (128).
Legitimatio ad causam 355 (152).
Leichnam 159 (69).
Leinpfad 465 (198).
Letztwillige Verfügungen, Interpretation 287 (123), 289 (124).
Lex 51 (24).
— Aquilia 83 a 4 (38), ſ. auch actio leg. Aquil.
— Atinia 507 (219).
— Calpurnia 303 a 2 (131).
— commissoria 675 (280), 217 (93), 261 (112), 646 (263), vgl. 68 (31).
— Cornelia 84 a 6 (38).
— Cornelia de falsis 302 a 2 (130).
— fugitiva 80 a 20 (36).
— Furia 337 a 2 (145).
— Julia de adulteriis 302 a 2 (130).
— Plaetoria 120 (53), 243 a 3 (104).
— Plautia 507 (219), 511 a 14 (220).
— Scribonia 507 (219).
— Silia 303 a 2 (131).
Leyser 34 (16).
Liber regularum (Ulpian) 11 (5).
— sextus decretalium 23 (12).
Literatur des Pandektenrechtes 29 ff. (16 ff.).
Litigioſität 363 (155).
Litisäſtimation 523 (224).
Litisdenunziation 527 (225), vgl. 347 (148).
Litiskonteſtation 357 (153), vgl. 345 (148), 375 ff. (162).
Litispendenz 357 ff. (153), vgl. 348 (148).
— Verjährung der L. 348 (148).
Longa possessio 612 (252).
Longi temporis praescriptio 508 (219), 701 (291).
Longissimi temporis praescriptio 518 (222).
Lucida intervalla 127 (56).
Lucra nuptialia, geſetzliches Pfandrecht wegen derſelben 659 (269).
Lukrative Geſchäfte 216 (92).

M.

Mängel der Willenserklärungen 228 ff. (99 ff.).
Magister navis 276 (118).
Mahnverfahren 306 (131).
Majorennität ſ. Großjährigkeit.
Mala fides superveniens 537 a 10 (228).
Malae fidei possessio 406 (175).
Mancipatio 221 (95), 223 (97), 448 (193), 491 a 3 (211), 610 (251).
Mandata des römiſchen Kaiſers 52 (24).
Martinus 30 (16), 284 (121).
Mauer, gemeinſchaftliche 462 a 17 (197).
Meer 160 (69).
Mentalreſervation 229 (99).
Metus 239 ff. (103), 325 (139).
Mevius 34 (16).
Milde Stiftungen 143 (62), 511 (220), vgl. Stiftungen.
Militärteſtament 71 a 3 (33).
Minderjährige, geſetzliches Pfandrecht derſelben 659 (269).
Minderjährigkeit 120 ff. (53), 284 (121), Reſtitution wegen derſelben 326 (139), 327 ff. (141), 333 (143), 333 a 4 (143), läßt die Verjährung ruhen 345 u. a 9 (147).
Mißgeburt 111 (50).
Missio Antoniniana 661 a 5 (270).
— ex primo, ex secundo decreto 546 (231).
— in possessionem 388 (167).
— legatorum servand. causa 661 (270).
— rei servandae causa 661 (270).
— ventris nomine 661 (270).
Miſſionen 387 ff. (167), 661 a 3 (270).
Mitbeſitz 394 a 10 (169).
Miteigentum 454 ff. (195 ff.).
Mittelbare Stellvertretung 273 (117).
Mobiliarhypothek 643 (261), 170 a 8 (74).
Mobilien 169 ff. (74).

Modus (Auflage) 267 ff. (115).
Modus adquirendi 495 a 8 (213), 497 (214).
Monstrum s. Mißgeburt.
Moralische Person s. juristische Person.
Motive s. Beweggrund.
Moventien 170 (74).
Mündel, gesetzliches Pfandrecht derselben 658 (269).
Mündigkeit 119 ff. (53).
Mündlichkeit des Prozesses 364 (156).
Mutua petitio 306 (132).
Mynsinger 33 (16).
Mystische Person s. juristische Person.

N.

Nachbarrecht 466 (199 ff.).
Nachgiebiges Recht 69 (32).
Namen 49 (22).
Nasciturus 111 (50).
Natividät der Klagen 340 ff. (146), 518 (222).
„Natur der Sache" 84 (38).
Naturalia negotii 217 ff. (93).
— obligatio 350 (150), 668 (274), 697 (290).
— possessio 406 ff. (175).
— ratio 44 (20).
Naturalkomputation 208 (88).
Natürliche Personen 109 ff. (50 ff.).
Naturrechtliche Schule 34 ff. (17).
Neapolitaner Fragmente 17 (9).
Nebenbestimmungen 270 ff. (116), vgl. Bedingungen, Zeitbestimmungen, Modus.
Negation der Klage 367 (158).
Negative Bedingungen 248 (106).
— Feststellungsklage 296 a 5 (127), 310 a 4 (134).
— Litiskontestation s. Negation der Klage.
— Potestativbedingungen 249 (106).
— Servituten 573 (239), vgl. 628 u. a 21 (257).
Negotiorum gestio 601 (248).
— gestor 193 (84), 483 (206).
Neidbau 89 (41).
Nichtgebrauch 618 (254).
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 281 ff. (120).
Nichtigkeitsklage 283 (120).
Nichtzwingende Gesetze 69 (32).
Nießbrauch 589 ff. (246), 616 (254).
Nießbraucher, Besitzverhältnis 441 (190), Fruchterwerb 477 (205).
— Verpfändungsbefugnis 707 (293).
Nominatio auctoris 527 (225), 622 (255).
Nominis pignus 702 ff. (292).
Non usus 618 (254).
Notariatsordnung 26 (14).
Notstand 291 (125).
Notweg 469 (200), 615 (253).
Notwendige Bedingungen 250 (107).
Novellen Justinians 21 ff. (11).
Novellengesetzgebung 12 a 2 (6).
Nuda proprietas 445 (192).
— repromissio 388 (167).
Nudum jus 502 (216).
Nudum jus Quiritium 449 (193).
Nutzungsrecht 445 (192).

O.

Obereigentum 632 (258).
Obligationenrecht, Begriff und Stellung im System 48 ff. (22).
Observanz 60 (27).
Occasio legis 75 (35).
Öffentliche Flüsse 167 (73).
— Sachen 163 (71).
— Wege 165 (72).
Öffentlicher Glaube der Grund- und Hypothekenbücher 650 (264).
Öffentliches Recht 44 (21).
Okkupation 472 ff. (203).
Onerose Rechtsgeschäfte 216 (92).
Operae servorum 606 (250).
Operis novi nuntiatio 551 ff. (233).
Originäre Succession 183 (81).
Originärer Eigentumserwerb 470 (201).
Ortsrecht der belegenen Sache 103 ff. (47).

P.

„Pactiones et stipulationes" 610 (251).
Pactum antichreticum 673 (278).
— de ingrediendo 685 (284).

Pactum de vendendo 646 (263).
— de vendendo pignore 674 (280).
— displicentiae 261 a 4 (112), 448 a 5 (193).
— fiduciae 646 (263).
— „intuitu fundi initum“ 563 a 2 (236).
— reservati dominii 448 a 5 (193), 499 (215).
Pächter, Besitzverhältnis 426 (183), erwirbt die Früchte mit der Perzeption 478 (205).
Pandekten 16 ff. (9).
Papiniansmasse 13 a 3 (6).
Partes pro indiviso 174 (76).
Partus ancillae 177 a 9 (78).
Patronate als Gegenstand des Besitzes 442 (191).
Pauli sententiae 11 (5).
Pensio 638 a 17 (260).
Peremptorische Einreden 343 (146), 320 (138).
Perklusionsrecht des Vermieters 657 (268).
Perpetua causa bei Servituten 577 (240).
Perplexe Bedingungen 252 (107).
Persönliche Klagen 300 (129).
Person 109 ff. (50).
— juristische 134 ff. (59 ff.).
„Persona“ 107 a 1 (49).
Personalprinzip 97 ff. (45).
Personalservituten 588 (245), 562 (235), Endigung durch Nichtgebrauch 618 (254), irreguläre 607 (250).
Personalstatuten 100 ff. (46).
Personengesamtheiten 137 (60).
Personenrecht 48 (22).
Personenrechte 48 a 7 (22).
Pertinenzen 174 ff. (77).
Perzeption der Früchte 179 (78), 478 (205).
Petitorium und possessorium 428 (184).
Pfändungspfandrecht 662 (271).
Pfändungsrecht 662 ff. (271), 663 a 7 (271).
Pfandgläubiger juristischer Besitzer 403 (173), Legitimation zur konfessorischen Klage 621 (255).
Pfandkonvention 651 ff. (266 ff.).
Pfandprivilegien 689 ff. (287).
Pfandrecht 640 ff. (261 ff.).
— richterliches 660 (270).
— an eigener Sache 701 (291), 706 (292).
Pfandseparatisten 691 a 12 (287).
Pfandverbringung 658 a 12 (268).
Pfandverkauf 674 ff. (280 ff.).
Piae causae 143 (62).
Pignoris causa 494 (213).
Pignus 642 (261), 647 (263), 674 (280).
— conventionale 651 ff. (266 ff.).
— ex causa judicati captum 660 (270), 662 (271).
— generale 659 (269).
— Gordianum 674 (279).
— irregulare 665 (272).
— nominis 702 (292).
— pignoris 705 (292).
— praetorium 660 (270).
— privilegiatum 689 ff. (287).
— publicum, quasipublicum 649 (264).
— tacitum 651 (265), 656 ff. (268 ff.).
Pisana (Florentina) 17 (9).
Pistoris 34 (16).
Platzrecht 633 ff. (259).
Plebiscita 52 (24).
Plurium dominium in solidum 454 (195).
Pönalklagen 302 (130).
Polizeiordnungen 26 (14).
Pommersfelder Fragmente 17 (9).
Popularklagen 302 (130).
Possessio 391 ff. (169 ff.).
— bonae fidei 406 (175).
— civilis 405 (175).
— ficta 527 ff. (225), 622 (255), 682 (283).
— justa, injusta 406 (175).
— naturalis 406 (175).
— plurium in solidum 384 (169).
Possessiones (ager publicus) 398 (171).
Possessorium ordinarium 428 (184), 432 (186), 626 (257).
— summariissimum 428 (184), 435 (187).
Postglossatoren 31 ff. (16), 37 (17).
Potestativbedingungen 249 (106), 269 (115).
Prädialservituten 569 ff. (238 ff.), 561 (235), 616 (254).
Praedium dominans 570 a 6 (238).
— rusticum 571 (238).

Praedium serviens 570 a 6 (238).
— urbanum 571 (238).
Präjudizialklagen 301 (129).
Präparatorische Klagen 313 (135).
Praescriptio 336 ff. (144).
— definita 337 (144).
— immemorialis 371 (160).
— indefinita 337 (144).
Präsumtionen 371 (159), vgl. 114 (51).
Prätorisches Recht 42 ff. (20).
— Pfandrecht 661 ff. (270).
Prävention 92 (42).
Prekarist, Besitzverhältnis 402 (173).
Priorität 91 (42).
— der Pfandrechte 689 ff. (287 ff.).
Privatflüsse 168 (73).
Privation bei der Emphyteuse 638 (260).
Privatpfändung 663 a 9 (271).
Privilegien 71 ff. (33), 193 (85).
Privilegierte Pfandrechte 689 ff. (287).
Privilegium exigendi 92 (42).
Probatio diabolica 531 a 7 (226).
Procuratores 279 a 14 (119).
Prodigalitätserklärung 127 ff. (57).
Projectum (Servitut) 585 (244).
Prokuratoren 279 a 14 (119).
Prokuristen 277 a 3, 278 a 8 (119).
Proprietas 445 ff. (192).
Protestation 226 (98).
Provinzen 138 (60).
Provinzielles Eigentum 449 (193).
Provocatio ex lege diffamari, — si contendat 310 a 4 (134).
Prozeß, Einwirkungen desselben auf das eingeklagte Recht 357 ff. (153 ff.).
Prozeßsualische Konsumption 375 ff. (162).
Prozeßvollmacht 248 a 14 (105).
Pubertät 119 ff. (53 ff.).
Publiciana actio 535 ff. (228).
Publicus usus 165 a 5 (71).
Publikanensozietäten 138 a 8 (60).
Publikation der Gesetze 54 (25).
Publizianischer Besitzer 453 ff. (194).
Publizianische Legitimation zur konfessorischen Klage 621 (255).
Publizianische Berechtigte als Verpfänder 652 (266).
Publizität des Grundeigentumes 491 (211).
Puchta 36 (17).
Putativehe 442 bei a 1 (191).
Putativtitel 453 (194), 513 (220), 536 (228).

Q.

Quantitätssachen 171 (75).
Quasidelikt 183 (80).
Quasikontrakt 183 (80).
Quasipossessio 626 (257).
Quasitradition bei Servituten 611 (251).
Quasiusufrukt 603 ff. (249).
Querela inofficiosi testamenti 316 a 4 (136), 322 a 12 (138), 338 (145).
Quinquaginta decisiones 19 (10).
Quiritarisches Eigentum 447 (193).

R.

Rangordnung der Pfandrechte 689 ff. (287), 654 (267).
Ratihabition 192 (84), 279 (119), 285 (122).
Ratio legis 83 (38).
Realkredit 640 (261).
Reallasten 565 (236), 442 (191), 191 a 6 (84).
Realservituten 561 (235), 569 ff. (238 ff.).
Receptum 383 (165).
Recht s. jus.
— am Rechte 603 a 8 (249), 702 (292).
— im objektiven Sinne 41 ff. (19 ff.).
— im subjektiven Sinne 85 ff. (39 ff.).
Rechtsbedingung 251 (107).
Rechtsbesitz 441 ff. (190 ff.).
Rechtsbildung (rechtsbildende Faktoren) 50 (23).
Rechtserwerb 181 ff. (80).
Rechtsfähigkeit 107 ff. (49).
Rechtsgeschäfte 210 ff. (91), fehlerhafte 281 ff. (120).
Rechtsgewohnheiten 51 (23).
Rechtshängigkeit 352 (151).
Rechtshilfe 293 ff. (126).
Rechtsinstitut 88 ff. (40).
Rechtsirrtum 200 ff. (87).

Rechtskraft des Urteils 373 ff. (161), der Entscheidungsgründe 380 (163).
Rechtsnachfolge s. Succession.
Rechtsobjekt 154 ff. (67 ff.).
Rechtsquellen 4 ff. (2 ff.).
Rechtsschutz 290 ff. (125).
Rechtsstreit 295 ff. (127 ff.).
Rechtssubjekt 107 ff. (49 ff.).
Rechtsverhältnis 88 ff. (40).
Redintegranda, canon 438 (189).
Redlichkeit des Besitzes 406 (175).
Regenwasser 547 (232).
Reichsabschied 26 (14).
Reichsgesetzgebung 25 ff. (14 ff.).
Reichspolizeiordnung 26 (14).
Rei vindicatio 302 (130), 306 a 5 (132), 522 (224).
Rekuperatorische Besitzklagen 436 ff. (188 ff.).
Relative Nichtigkeit 282 (120).
Religiöses Bekenntnis 133 (58).
Remission der operis novi nuntiatio 553 (233).
Renuntiatio 188 (83).
Reparaturpflicht bei Servituten 565 (236).
Replik 320 (137).
Repräsentation der juristischen Personen 152 ff. (66).
Repromissio 388 (167).
Res communis omnium 160 ff. (69).
— corporalis 155 (67).
— divini juris 161 ff. (70).
— extra commercium 159 ff. (69).
— furtiva 492 (212), 510 (220), 519 (222).
— incorporalis 155 (67).
— in judicium deducta 375 (162).
— judicata 375 ff. (162).
— litigiosa 363 (155).
— mancipii, nec mancipii 155 (67), 446 (192), 448 (193), 491 a 3 (211), 610 (251).
— merae facultatis 336 a 3 (144).
— publica 163 (71).
— religiosa 161 (70).
— sacra 161 (70).
— sancta 161 (70).
Reservation 226 (98).
Reservatio mentalis 229 (99).
Resolutivbedingungen 250 (106), 261 ff. (112).
Resolutivklausel 250 (106).
Responsa prudentium 52 (24).
Restitutio in integrum 324 ff. (139), 284 (120).
Restriktive Interpretation 74 ff. (35).
Retentionsrecht 323 (138), 533 ff. (227), 658 (268).
Retrotraktion 187 (82), der Bedingungen 259 (111).
Rezeption des römischen Rechtes 4 ff. (3).
— des kanonischen Rechtes 24 ff. (13).
Richterliches Pfandrecht 660 ff. (270 ff.).
Rückwirkende Kraft der Gesetze 92 ff. (43).
Rückziehung der Bedingung 259 ff. (111).
Ruhen des Eigentumes 445 a 13 (192), 486 a 3 (208).
— der Ersitzung 517 (221).
— der Verjährung 343 ff. (147).
Ruhende Erbschaft als juristische Person 144 (62).
Ruta caesa 175 (77).

S.

Sabinusmasse 13 a 3 (6).
Sachbesitz 393 (169).
Sache, Begriff 154 ff. (67 ff.).
Sachen, unersitzbare 510 ff. (220), 519 (222).
— gestohlene, geraubte 492 (212), 510 (220), 519 (222).
Sachenrecht, Begriff und Stellung im System 47 ff., 49 (22).
Sachenrechte 443 ff. (192), 391 ff. (169 ff.).
Sachgesamtheit 157 ff. (68), Verpfändung 664 (272).
Sachsenspiegel 33 (16).
Salvianum interdictum 429 (184).
Sassoferrato s. Bartolus.
Satisdatio 388 (167), vgl. 598 (248).
Savigny 36 (17).
Schätzungseid 308 (133), 523 (224).
Schalttag 205 (89).
Schatz 177 a 7 (78), 481 ff. (206).
Schein 230 (100).
Scheinbedingungen 250 (107).

Scherz 230 (99).
Schiedsrichter 382 ff. (165), 346 (148).
Schiedsrichterliches Verfahren nach der C.P.O. 384 (166), 346 (148).
Schutz des Besitzes 394 ff. (170).
Schutz der Rechte 290 ff. (125 ff.).
Secutorium judicium 431 a 5 (185).
Seen 166 (73).
Selbsthilfe 290 ff. (125), 438 a 16 (188).
Seminarien 143 (62).
Senatusconsultum 52 (24).
— Pegasianum 239 a 3 (103).
— Vellejanum 124 (55).
Separation der Früchte 179 (78).
Separatisten 691 a 12 (287).
Sequester, Besitzverhältnis 403 (173).
Sequestration 390 (168), 662 (270), 670 (276), 684 (283).
Serviana actio 681 (283).
Servitus 560 ff. (235), 706 (293), 444 (192).
— affirmativa 573 (239).
— altius non tollendi 567 (237), 587 (244).
— altius tollendi 587 (244).
— aquaeductus 583 (243).
— aquaehaustus 583 (243).
— continua, discontinua 573 (239), vgl. 614 a 10 (252).
— fluminis 586 (244).
— luminibus officiendi 586 (244).
— negativa 573 (239), vgl. 628 u. a 21 (257).
— ne luminibus officiatur 586 (244).
— ne prospectui officiatur 587 (244).
— oneris ferendi 552 a 11 (233), 563 (236).
— stillicidii 586 (244).
— stillicidii non avertendi 587 (244).
— tigni immittendi 585 (244).
Servituten 560 ff. (235 ff.).
Servitutenbesitz 441 ff. (190).
Servitutenersitzung 612 ff. (252).
Servitutenklage 301 (129).
Servitutenverpfändung 706 (293).
Sicherheitsleistung bei schwebender Bedingung 255 (109), 258 (111), 261 (112).
Sicherung von Ansprüchen 387 (167), s. cautio missio.
Simulation 231 (100).
Singuläres Recht 70 (33).
Singularsuccession 185 (81).
Socius litis 364 (155).
Solarium 633 (259).
Soldaten, Sonderrecht 71 a 3 (33), 525 (225).
Sondernachfolge 185 (81).
Sonderrechte 71 (33).
Sondervermögen 158 (68).
Spezialvollmacht 280 (119).
Spezifikation 474 ff. (204).
Spolieneinrede 438 ff. (189).
Spolienklage 428 (184), 439 (189), 443 (191).
Sponsiones 304 (131).
Stadtgemeinden, Privilegien 512 a 21 (220), 659 (269).
Standesregister 113 (50).
Ständige Servituten 573 (239).
Stationes fisci 137 (60).
Status mutatio 326 (139).
Stututa personalia, realia, mixta 100 (45).
Statutenkollision 99 (45).
Stellionat 243 a 1 (104), 649 (264).
Stellvertretung 272 ff. (117 ff.), im Besitzverhältnis 418 ff. (180), 426 (183).
Stiftungen als juristische Personen 134 ff. (59), 143 ff. (62), Verjährungsprivileg 343 (147).
Stillicidium 586 (244).
Stillschweigen 227 (98).
Stillschweigende Hypotheken 651 (265), 656 ff. (268 ff.).
Stipulationes praetoriae 387 (167).
Strafklagen 302 (130), 316 (136).
Streitsache und ihre Verhandlung 352 ff. (151 ff.), Veräußerung der St. 363 (155).
Streitverkündigung 527 (225), vgl. 347 (148).
Stricti juris actiones 305 (131).
Stryk 34 (16), vgl. 9 a 6 (4), 10 a 10 (4).
Subhastation, notwendige, 684 (283), 679 ff. (282).
Subjektives Recht 85 (39).

Subpignus 705 (292).
Subsidiarität des gemeinen Rechtes 7 ff. (4).
Substanzierung der Klage 366 (157).
Succession 183 ff. (81), in der Ersitzung 515 (221).
— hypothekarische 693 (289).
Successive Konkurrenz der Klagen 313 a 4 (135).
Summariissimum 428 (184), 435 (187).
Superfiziar, Besitzverhältnis 403 (173).
— Legitimation zur konfessorischen Klage 621 (255).
— Verpfändungsbefugnis 652 (266).
Superficies 629 ff. (258), 633 ff. (259).
Suspensivbedingungen 249 (106), 254 ff. (109).
Symbolische Tradition 414 (178).
Syndikatsklage 294 a 3 (126).

T.

Tatsachen, juristische 180 ff. (79).
Teilbarkeit 172 (76).
Teilrechte 174 (76).
Teilungsklage 460 ff. (197), 505 (218), 301 (129).
Teilungsverbote 173 (76).
Tempus continuum 208 ff. (90).
— hostilitatis 345 (147).
— utile 208 ff. (90).
Theophilus 16 a 3 (8).
Thesaurus 481 ff. (206).
Thomasius 36 (17).
Tierjunge 477 a 2 (205), 177 (78).
Titel, Begriff 181 (79), beim Besitz 452 (194), bei der Ersitzung 512 (220).
Titulus und modus adquirendi 495 a 8 (213), 497 (214).
Titulus putativus s. Putativtitel.
Tod 214 (92).
Todeserklärung 114 ff. (51).
Traditio brevi manu 423 (181), 491 (211).
Tradition 412 (178), 490 ff. (211), 496 ff. (214), bedingte 497 ff. (215).
Translativer Erwerb 184 (81).
Trennung der Frucht 179 (78).
Tribonianus 16 ff. (9).
Tridentinum 24 (12), 24 (13).
Triftgerechtigkeit 561 (235).
Trunkenheit 229 (99).
Turpitudo 130 ff. (58).

U.

Übereignungswille 493 ff. (213).
Überfall und Überhang 468 (200).
Übertragung, translative, konstitutive 184 (81).
Uferrecht 483 ff. (207).
Ulpiani fragmenta 11 (5).
Uneigentliche Bedingungen 250 (107).
Uneigentlicher Nießbrauch 601 (249).
Unerlaubte Bedingungen 252 (107).
Unersitzbare Sachen 510 ff. (220).
Ungültige Geschäfte 281 ff. (120 ff.).
Universalsuccession 185 (81).
Universitas juris, facti 157, 158 (68).
— facti, Verpfändung 664 (272).
— personarum 137 ff. (60).
Universitäten 143 (62).
Unmittelbarer Eigentumserwerb 470 (201).
Unmögliche Bedingungen 251 (107).
Unmündige 119 ff. (53 ff.).
Unmündige, Verjährung gegen U. 345 (147).
Unrecht, objektives und subjektives U. 196 ff. (86).
Unsittliche Bedingungen 252 (107).
Unteilbarkeit der Servituten 578 ff. (241), der körperlichen Sachen 173 (76).
Unterbrechung der Ersitzung 517 (221).
— der Klagenverjährung 345 ff. (148).
Untereigentum 632 (258).
Untergang der Rechte s. Beendigung.
„Unus casus“ 524 a 9 (224).
Unvordenkliche Zeit 371 ff. (160).
Unwissenheit 200 ff. (87).
Urheberrecht, Verpfändbarkeit 708 a 7 (293).
Urkundenprozeß 306 (131).
Ursprünglicher Erwerb 470 (201).
Urteil 373 ff. (161).
Urteilsformel 380 (163).
Usucapio 336 (144), 507 ff. (219 ff.), bei Servituten 612 (252).

Usucapio libertatis 619 (254).
— pro herede 507 a 3 (219).
Usureceptio 507 a 3 (219).
— fiduciae 647 a 5 (263).
Usus 604 ff. (250).
— modernus Pandectarum 33 (16).
Ususfructus 589 ff. (246).
— causalis, formalis 445 a 9 (192).
Utile tempus 203 ff. (88).
Utiles actiones 299 (128).
Utilis actio ad rem vindicandam 525 (225).
— vindicatio 299 (128).
Utilitas bei Servituten 574 (240), vgl. 77 a 4 (36).

V.

Väterliche Gewalt, Stellung im System 49 (22).
Vektigalrecht 631 (258).
Venia aetatis 123 (54).
Verarbeitung s. Spezifikation.
Veräußerung 190 (83).
— der Streitsache 363 ff. (155).
Veräußerungsverbote 502 ff. (217).
Verbindung, Eigentumserwerb durch V. 485 ff. (208 ff.), vgl. 471 a 6 (201).
Notsgesetze 67 ff. (31).
auchbare Sachen 171 (75).
igung, Eigentumserwerb durch V. (209).
blichkeit der Klagerechte 316 (136).
ungen, einstweilige 389 (168).
rung 335 ff. (144 ff.).
r Eigentumsklage 447 (192).
r Emphyteusis 639 (260).
s Pfandrechts 701 (291).
r Servituten 619 (254).
i Statutenkollision 106 (48).
r Superfizies 636 (259).
ng als Voraussetzung der Restitution 326 (140).
er Rechte s. Beendigung.
isse, bedingte, 257 (110), 260 1).
g u. Vermischung s. Kommixtion.
Vermieter, Pfandrecht an dessen Illaten 656 ff. (268).
Vermittelnde Gesetze 69 (32).
Vermögen 154 ff. (67), 46 (22).
Vermutungen 370 (159), vgl. 114 ff. (51).
Veroneser Palimpsest 20 (10).
Verpächter, Pfandrecht desselben 656 ff. (268).
Verpfändung s. Pfandkonvention, V. fremder Sachen 653 ff. (267), von Servituten 706 ff. (293), des Urheberrechts 708 a 7 (293).
Versäumnis, Restitution 326 (139).
Verschollenheit 115 (51).
Verschuldung 197 ff. (86).
Verschwender 127 ff. (57), vgl. 121 (53).
Versicherungsgelder, Pfandhaftung 682 a 8 (283).
Versio in rem, Pfandprivilegium 690 ff. (287).
Verteidigung im Prozeß 367 (158).
Vertrag 215 ff. (92).
Vertragstitel 181 (79).
Vertretbare Sachen 171 (75).
Vertretung, gesetzliche 280 (119).
Verurteilendes Erkenntnis 374 (161).
Verwendungen s. impensae.
— des Besitzers 534 (227).
— des Nießbrauchers 601 (248).
— des Pfandgläubigers 683 (283).
Verwirkungen des Eigentums 506 (218).
— der Emphyteuse 638 (260).
Verzicht 188 (83), als Endigungsgrund des Pfandrechtes 699 (291).
Vetustas 372 a 6 (160).
Via 581 (242).
Viae consulares, vicinales 165 (72).
Viehtrift 582 (242), 584 (243).
Vindicatio 529 ff. (226), 306 a 5 (132).
— gregis 529 (226).
— sacramento 398 (171).
— utilis 268 (115), 299 (128).
Vis absoluta, compulsiva 239 (103).
Vitalität 109 (50).
Vizinität bei Servituten 576 (240).
Vollmacht 278 (119).
Vollstreckbarkeit des Urteils 374 (161), des Schiedsspruches 387 (166).

Vorausſetzung, Begriff 267 (115).
Vorkaufsrecht des Eigentümers der Emphyteuſe 639 (260).
Vormundſchaftsrecht, Stellung im Syſtem 49 (22).
Vulgata (= authenticum) 21 (11).
Vulgathandſchriften 17 (11).

W.

Wahnſinnige 125 (56).
Waſſergerechtigkeiten 583 (243), Verpfändbarkeit 707 (293).
Wechſelforderungen 306 (131).
Wege 165 (72).
Wegegerechtigkeiten 561 (235), 580 ff. (242), Verpfändbarkeit 707 (293).
Weiber ſ. Frauen.
Weidegerechtigkeiten 584 (243), 561 (235).
Wernher 34 (16).
Wesenbeck 33 (16).
Weſentlicher Irrtum 235 (102).
Wiedereinſetzung in den vorigen Stand 324 ff. (139).
Wilde Tiere, Eigentumsverluſt 521 (223).
Willenserklärung 214 (92), 221 ff. (96).
Windſcheid 37 (17).
Wohltätige Rechtsgeſchäfte 216 (92).
Wohnſitz 100 ff. (46).

Z.

Zahlung, Einwendung 318 (137).
Zahlungsbefehl 347 (148).
Zasius 33 (16).
Zeit 203 ff. (88 ff.).
Zeitbeſtimmungen 264 ff. (113).
Zeſſion dinglicher Klagen 524 a 3 (225).
Zinſen von Darlehn 178 (78).
Zitiermethode für das corpus juris civilis 13 ff. (7).
Zivilkomputation 203 ff. (88 ff.).
Zivilrecht und prätoriſches Recht 42 ff. (20).
Zubehör 174 ff. (77).
Zurückbehaltungsrecht ſ. Retentionsrecht.
Zufall, Haftung des unredlichen Beſitzers 532 (226).
Zünfte 138 (60).
Zuſammenfügung, Eigentumserwerb durch Z. 487 (209).
Zuſchlag 505 (218).
Zwang 239 ff. (103), Reſtitutionsgrund 324 (139).
Zwangsvergleich, Einrede aus dem Z. 322 (138).
Zwangsverwaltung ſ. Sequeſtration.
Zweckvermögen 135 (59).
Zweiſeitige Rechtsgeſchäfte 286 (123), 215 ff. (92).
— Verträge 215 ff. (92).
Zwingende Rechtsnormen 66 ff. (31).
Zwitter 124 (55).

Lippert & Co. (G. Päh'ſche Buchdr.), Naumburg a. S.

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

Das bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,
Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

I. Band: **Die allgemeinen Lehren** des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. (XI, 552 S.) 1. u. 2. Auflage. 1902.
M 10,60; in Halbfranzband *M* 12,60.

II. Band: **Die Schuldverhältnisse** nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens.

1. Abteilung. Allgemeine Lehren. 1. und 2. Auflage (XI, 385 S.) geh. *M* 6,—, in Halbfranzband *M* 7,75.

2. Abteilung. Einzelne Obligationen. 1. und 2. Auflage. (XII, 720 S.) 1901. geh. *M* 12,—, in Halbfranzband *M* 14,—.

Erste und zweite Abteilung in einem Halbfranzband *M* 20,25.

III. Band: **Das Sachenrecht** des Deutschen Reichs und Preußens. Zweite, neu bearbeitete Auflage. (XVI, 824 S.) 1901.
geh. *M* 12,—, in Halbfranzband *M* 14,—.

IV. Band: **Das Familienrecht** (erscheint 1903), **das Erbrecht** und **das Urheberrecht** (in Vorbereitung).

Ergänzungsband I: Bayerisches Landeszivilrecht von Professor Dr. P. Oertmann in Erlangen (in Vorbereitung).

Ergänzungsband II: Elsaß-Lothringisches Landeszivilrecht (in Vorbereitung).

„Mit rüstiger Energie und jugendfrischer Schaffensfreude hat der Verfasser das bedeutsame Werk in Angriff genommen und in kaum dreijähriger Frist so weit gefördert, daß nicht bloß der allgemeine Teil und das gesamte Recht der Schuldverhältnisse (zweibändig), sondern auch das Sachenrecht abgeschlossen vorliegt, letzteres sogar in einer zweiten, gegenüber der ersten bedeutend vermehrten und verbesserten Auflage. Das Urteil, zu welchem die bereits publizierten Bände berechtigen, muß nun in jeder Beziehung sehr lobend und günstig lauten. Auch hier haben wir es, wie bei den früheren Leistungen des Verfassers, mit einem Werke zu tun, welches nach seiner Vollendung allseitig zu den Zierden unserer rechtswissenschaftlichen Literatur gerechnet werden wird. . . .

Mit lebhaftem Interesse verfolgt die juristische Welt den Fortgang des bedeutsamen Unternehmens. Der rasche Gang der bisherigen Arbeit berechtigt zu der Erwartung einer ebenso schleunigen und energisch betriebenen Fortsetzung wie einer nicht allzu fernen Vollendung. Möge es dem Verfasser vergönnt sein, das große Werk glücklich zu vollenden, welches er annähernd zu der Zeit in Angriff nahm, als man bereits das Fest seines fünfzigjährigen Doktorjubiläums allseitig mit aufrichtiger Teilnahme beging."

Dr. Kisch (Straßburg) im Jur. Literaturblatt.

Verlag von H. W. Müller in Berlin, W. Potsdamerstr. 121 k.

Die Phantasie im Recht. Vortrag von **Dr. Heinrich Dernburg.** 2. Aufl. M. 1.

Persönliche Rechtsstellung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Besprochen von **Dr. Heinrich Dernburg.** M. 0,50.

Die Reform der juristischen Studienordnung. Von **Dr. Heinrich Dernburg.** M. 1.

Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900. Ueberreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin. M. 9.

Inhalt: **Otto Gierke**, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. — **Heinrich Brunner**, Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechtes. — **Paul Oertmann**, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. — **Johannes Burchard**, Theil-Schuldverschreibungen mit Realsicherheit. — **Conrad Cornelius**, Die Ausweisung fremder Staatsangehörigen vom völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Standpunkte. — **Alfred Pernice**, Die sogenannten res communes omnium. — **Leonard Jacobi**, Die sittliche Pflicht im BGB. — **Albert Friedrich Berner**, Wie kommt es, daß Adolf Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt? — **Theodor Mommsen**, Das ägyptische Gesetzbuch. — **Wilhelm Kahl**, Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose. — **Josef Kohler**, Das germanische Notherbrecht und seine Geschichte in den Coutumes. — **Paul Rehme**, Zur Geschichte des Münchener Liegenschaftsrechtes. — **Johann Christoph Schwartz**, Absolute Rechtskraft und heutiges Deutsches Recht. — **Emil Seckel**, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB.

Die Abhandlungen sind auch einzeln — je nach ihrem Umfange zum Preise von 0,40 bis 1,50 M. — zu beziehen.

Festgabe der Gießener Juristenfakultät für **Dr. Heinrich Dernburg** zum 4. April 1900. M. 4.

Inhalt: **Arthur S. Schmidt**, Ehescheidung und richterliches Ermessen. — **Alexander Reiß**, Schiedssprüche gegen zwingendes Recht. — **Johannes Biermann**, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. — **Erich Jung**, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts.

Die Abhandlungen sind auch einzeln — je nach ihrem Umfange zum Preise von 0,80 bis 1,20 M. — zu beziehen.

Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich von Dr. **L. v. Petrażycki,** ord. Professor an der Universität St. Petersburg. I. Band. Grundbegriffe 1893. M. 7,50. — II. Band. Einkommensersatz. 1. Grundlegung; 2. Zinsen; 3. Arbeitseinkommen, Honorar, Unternehmergewinn; Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie. 1895. M. 12,50.

Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung. Drei civilrechtliche Abhandlungen von Dr. **L. v. Petrażycki,** ord. Professor an der Universität St. Petersburg. 1892. M. 5,50.

Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen. Von Dr. **A. W. Heffter,** Obertribunalsrath a. D., ord. Prof. des Rechts ꝛc. Achte Ausgabe, bearbeitet von Dr. **F. H. Geffcken.** 1888. M. 12; eleg. gebunden M. 14. Dasselbe Werk in französ. Sprache unter dem Titel: Le droit international. 4. Aufl. 1883. M. 13; eleg. gebunden M. 15.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Studium und die Praxis erläutert von **Dr. H. Rehbein**, Reichsgerichtsrath. I. Bd. (Allg. Theil). 1899. M. 7; gebdn. M. 8,50. — II. Band. 1. Lieferung. 1902. M. 3,50.

Allgemeine Deutsche Wechselordnung mit Kommentar in Anmerkungen und der Wechselprozeß nach den Reichs-Justizgesetzen. Herausgegeben von **Dr. H. Rehbein**, Reichsgerichtsrath. 6., verbesserte Aufl. 1900. Gut cartonnirt M. 4.

Die Deutsche Civilprozeßordnung. Erläutert von **O. Reincke**, Reichsgerichtsrath. Vierte, umgearbeitete Auflage. 1900. M. 20; gebdn. M. 22.

Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte. Von Dr. **Otto Gierke**, Geh. Justizrath, ord. Professor in Berlin. 2., ergänzte Auflage. 1902. M. 1,20.

Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens von seinen Anfängen bis auf die Zeit Alexanders III. Von Dr. **Ulrich Stutz**, Privatdozenten in Basel (jetzt ord. Prof. in Freiburg i. B.) I. Band. 1. Hälfte. 1895. M. 12.—.

Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechtes. Antrittsvorlesung, gehalten am 23. Oktober 1894 von Dr. **Ulrich Stutz**. 1895. M. 0,80

Das Recht der großen Haverei von **Dr. Ph. Heck**, Gerichts-Assessor und Privat-Dozenten (jetzt ord. Prof. in Tübingen). 1889. M. 20.

Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preuß. und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechts. Von **Dr. Karl Birkmeyer**, ord. Prof. an der Universität München. 1898. gr. Lex. 8°. M. 18; gebunden M. 20.

Strafrechtsaufgaben zum Gebrauche bei dem akadem. Strafrechtspraktikum. Von Dr. **J. Kohler**, ord. Professor an der Universität Berlin.

1. Abtheilung. 1890. Cartonnirt M. 1,20.
2. Abtheilung. 1899. Cartonnirt M. 1,20.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den Preuß. Praktiker erläutert und herausgegeben von **Dr. A. Dalcke**, weiland Ober-Staatsanwalt, Geh. Ober-Justizrath. 8. Auflage. 1902. Gebunden M. 8,50.

Das Deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. Von **Albert Pinner**, Rechtsanwalt am Landgericht Berlin I. 1899. Gut kartonnirt M. 8.

Das Kostenfestsetzungsverfahren, die Deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte und die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der Rechtsanwälte. Mit Erläuterungen von **Willenbücher**, Geh. Justizrath, Oberlandesgerichtsrath a. D. 5., verbesserte Auflage. 1900. Gut cartonnirt M. 5.

Die Gesammten Reichs-Justizgesetze und die sämmtlichen für das Reich und in Preußen erlassenen Ausführungs- und Ergänzungsgesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen. Mit Anmerkungen und Sachregister von Dr. **P. Kayser**, weiland Senatspräsident beim Reichsgericht. 6. Auflage. 1901. M. 18.—; geb. M. 20.—.

Gewerbeordnung für das Deutsche Reich erläutert von Dr. **P. Kayser**, weiland Senatspräsident beim Reichsgericht. Dritte, gänzlich umgearbeitete Auflage von Dr. **Steiniger**, Regierungsassessor. 1901. a) Ausgabe für das Reich. Geb. M. 5.50. — b) Ausgabe für Preußen. Geb. M. 6.50. — c) Ausgabe für Elsaß-Lothringen. Geb. M. 6.—

Das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke und Geistesschwache, Verschwender und Trunksüchtige. Nach der Reichs-Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich bearbeitet von **Dr. P. Daude**, Geheimem Regierungsrath und Universitätsrichter der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin. 2. Auflage. 1899. Gut cartonnirt M. 3,50.

Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich der Nichtigkeitserklärung der Ehe im Deutschen Reich. Von **J. Erler**, Oberlandesgerichtsrath. 2. völlig umgearbeitete Aufl. des gleichnamigen, preußisch-deutschrechtlichen Buches. 1900. Gut cartonnirt M. 5.

Deutsches Vormundschaftsrecht unter Berücksichtigung der in den bedeutenderen Bundesstaaten ergangenen Ausführungsbestimmungen erläutert von **A. Hesse**, Reichsgerichtsrath. 1900. Gut cartonnirt M. 7.

Die Reichs-Grundbuchordnung vom 24. März 1897 mit Anmerkungen und Sachregister von **Wilkenbücher**, Geh. Justizrath, Oberlandesgerichtsrath a. D. Zweite, vermehrte Aufl. 1900. a) Ausgabe f. d. Reich. Cart M. 1,50. b) Ausgabe f. Preußen. Cart. M. 2,40.

Die Civilprozeßordnung in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts und den einschlagenden reichsrechtlichen Bestimmungen. Nebst einem das Gerichtsverfassungsgesetz und die Kostengesetze enthaltenden Anhange. Von **W. Peters**, weiland Landgerichtsrath. Neu bearbeitet von **A. Elsner von Gronow**, Amtsrichter. 3. Auflage. 1899. Gebunden M. 4.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und Allgemeine Deutsche Wechselordnung nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von **J. Wasch**, Justizrath. 5. Aufl.

[Ausgabe ohne Seerecht. Gebdn. M. 2. — Ausgabe mit Seerecht. 1902. Gebdn. M. 4.]

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Von **Dr. P. Daude**, Geh. Regierungsrath. 8. Aufl. 1901. Gebunden M. 3,50.

Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich und das Gerichtsverfassungsgesetz. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Von **Dr. P. Daude.** 5. Auflage. 1901. Gebunden M. 4.

Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungs-Verfahrens nach der Deutschen Civilprozeßordnung mit Beispielen von **Willenbücher**, Oberlandesgerichtsrath. Zweite, umgearbeitete Aufl. 1900. 432 S. Gut cart. M. 8.

„Der Herr Verfasser gehört bereits durch frühere Werke über „das Kostenfestsetzungsverfahren und die Deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte", sowie die Kommentare zur „Grundbuchordnung" und „Reichskonkursordnung" zu den im besten Sinne bekannten Schriftstellern; seine nunmehr vorliegende neueste Arbeit reiht sich würdig den vorgenannten an. Dieselbe bezweckt eine Veranschaulichung des Verfahrens, wie sich dasselbe in der Praxis gestaltet, ein Hilfsmittel für die sichere Handhabung dieses Verfahrens zu bieten, und sie darf in erster Reihe den jüngeren Rechtsbeflissenen warm empfohlen werden, denen sie im Vorbereitungsdienste als ein zuverlässiger Ratgeber treu zur Seite stehen wird. Aber auch am Sitzungs- und Arbeitstische des Richters und Anwaltes dürfte durch das treffliche Buch einem vielfach empfundenen Mangel Abhilfe werden, da dasselbe durch Klarlegung des oft verwickelten Verfahrens dessen Verständnis vermittelt und dadurch zugleich zur Beschäftigung mit demselben anregt. — Die Beispiele sind nicht etwa den bekannten Formularbüchern entlehnt, sondern eigens für das vorliegende Werk unter sorgfältiger Beachtung des Gesetzes und der einschlagenden Ausführungsverordnungen in mustergültiger Art entworfen und eine reichhaltige sehr wertvolle Beigabe des Buches.

Das Werk bezeugt die große Belesenheit und reiche Erfahrung des Verfassers. Neben der Gesetzgebung im weitesten Sinne werden die Entscheidungen der Gerichte sowohl, wie die neuesten Forschungen der Rechtswissenschaft mit weiser Beschränkung, aber trotzdem erschöpfend, klar und wohl ausnahmslos zutreffend gewürdigt." Kammerger.-R. Strützki (Jur. Litteraturblatt).

Anleitung zur Anfertigung der wissenschaftlichen Arbeit für die erste juristische Prüfung. Von **A. Striemer**, Rechtsanwalt. 3. Aufl. 1901. M. 1,60.

„Eine vortreffliche kleine Schrift, die manchen Kandidaten vor der Anfertigung einer verfehlten Arbeit bewahren wird, indem sie ihn über den Weg, welchen er zu gehen hat, genau unterrichtet." Amtsrichter Dr. Heilfron (Juristisches Litteraturblatt).

Juristische Daten. Nach Rechtsgebieten — unter Beifügung eines besonderen biographischen Abschnitts — chronologisch zusammengestellt und mit Citaten versehen von **A. M. v. Liberstein.** 3. verbesserte u. vermehrte Aufl. 1901. M. 2,40.

„Eine für den Studierenden, wie für den Praktiker willkommene Gabe! In chronologischer Reihenfolge finden wir die für die Rechtswissenschaft bedeutsamen Data der Publikation von Gesetzen und von epochemachenden theoretischen Werken, sowie der eingreifenden Ereignisse der inneren oder äußeren Staatengeschichte und der allgemeinen Kulturgeschichte ꝛc. mit großer Sorgfalt und Umsicht zusammengestellt, und zwar in zwölf sachlich getrennten Abschnitten. Unter diesen nimmt die privat- und staatsrechtliche Reichsgesetzgebung, bis zum Schluß des Jahres 1900 fortgeführt, den breitesten Raum ein, ohne daß jedoch die römische und deutsche Rechtsgeschichte deshalb zu kurz käme. Von besonderem Werte ist die jedem Datum beigefügte Quellenangabe (aus Gesetzessammlungen und wissenschaftlichen Werken). Auch auf den innern Zusammenhang mancher gleichzeitiger Gesetzgebungswerke u. dgl. wirft die mit gutem Geschick vorgenommene Gruppierung interessante Schlaglichter."
Badische Rechtspraxis.

Examinatorium über das Bürgerliche Gesetzbuch. Von **Taubert**, Landgerichtsrat. 1. Abteilung. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1899. M. 1,20. — 2. Abteilung. Sachenrecht und Familienrecht. 1900. M. 1,50. — 3. Abteilung. Erbrecht. 1900. M. —,80. — Alle 3 Abteilungen in einem Bande gebunden M. 3,60.

„Der Rechtsstoff ist gut und zweckmäßig in der Form von kurzen Fragen dargelegt, denen die betreffenden Paragraphen, nach denen sie zu beantworten sind, beigefügt sind. In den Anmerkungen wird auf die Motive, die gesamte Litteratur und die bereits entstandenen Streitfragen Rücksicht genommen. Auf solche Weise ist derjenige, der das Gesetzbuch studiert, in der Lage, dasselbe mit eigenem Nachdenken gründlich durchzumachen und sich selbst zu prüfen, ob und inwieweit er sich die Kenntnis des Gesetzbuchs gehörig angeeignet hat. Hierin liegt der brauchbare Wert dieses Werkchens, das insbesondere Studierenden warm empfohlen werden kann."

Verlag von H. W. Müller in Berlin, W. Potsdamerstr. 121 k.

In demselben Verlage erschien:

Das Reichs-Civilrecht.

Die Reichsgesetzgebung

über

Bürgerliches Recht und Civilprozeß.

Mit Anmerkungen und Sachregister

von

O. Rudorff, Oberlandesgerichtsrath. und **Dr. Schaefer,** Landrichter.

1900. Lexikon-Oktav. 1428 Seiten ℳ 13; in dauerhaftem Halbfranzbande ℳ 15,50.

Das Werk bietet in einem einzigen Bande neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche, dem Handelsgesetzbuche (mit Seerecht) und der Civilprozeßordnung die wichtigsten, das Privatrecht und den Civilprozeß betreffenden Reichsgesetze. Eine nicht unbeträchtliche Anzahl derselben ist durch das Einf.-Ges. zum Bürgerlichen Gesetzbuche und andere neue Gesetze abgeändert worden, welche Änderungen in dem Abdruck der zur Aufnahme gelangten Gesetze berücksichtigt und leicht erkennbar gemacht sind, so daß der Benutzer des mühsamen Suchens und Nachschlagens nach den seit 1. Januar 1900 geltenden Gesetzestexten enthoben ist. Ferner wurde in den begleitenden Anmerkungen der Darlegung des inneren Zusammenhanges der gesetzlichen Vorschriften durch Verweisung auf Parallelstellen und das Eingreifen anderer Gesetze sowie der Mittheilung der Judikatur besondere Sorgfalt gewidmet.

Die Ausstattung zeichnet sich durch korrekten Text, große, deutliche Schrift und gutes Papier aus.

Inhalt: I. Theil. **Bürgerliches Recht.** 1. Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. Aug. 1896. — 2. Einführungsgesetz dazu v. 18. August 1896. — 3. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. — 4. Grundbuchordnung vom 24. März 1897. — 5. Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken ꝛc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871. (Mit den einschlägigen Bestimmungen der Arbeiterversicherungsgesetze.) — 6. Gesetz, betr. die Abzahlungsgeschäfte, vom 16 Mai 1894. — 7. Gesetz, betr. den Wucher, vom 24. Mai 1880. — 8. Gesetz, betr. das Reichsschuldbuch, vom 31. Mai 1891. — 9. Gesetz, betr. die Inhaberpapiere mit Prämien, vom 8. Juni 1871. — 10. Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Febr. 1875. — 11. Gesetz, betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande, vom 4. Mai 1870. — 12. Gesetz, betr. die Organisation der Bundeskonsulate, sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln, vom 8. November 1867. — 13. Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870. — 14. Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, vom 15. März 1888.

II. Theil. **Handelsrecht.** 15. Handelsgesetzbuch (mit Seerecht) vom 10. Mai 1897. — 16. Einführungsgesetz dazu vom 10. Mai 1897. — 17. Gesetz, betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugniß zur Führung der Bundesflagge, vom 25. Oktober 1867. — 18. Gesetz, betr.

die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, vom 15. Juni 1895. — 19. Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei, vom 15. Juni 1895. — 20. Allgem. Deutsche Wechselordnung. — 21. Gesetz, betr. die Einführung der Allgem. Deutschen Wechselordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen ꝛc. als Bundesgesetze, vom 5. Juni 1869. — 22. Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889. — 23. Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892. — 24. Börsengesetz vom 22. Juni 1896. — 25. Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere, vom 5. Juli 1896. — 26. Patentgesetz vom 7. April 1891. — 27. Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, vom 1. Juni 1891. — 28. Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. — 29. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896.

III. Theil. **Gerichtsverfassung und Civilprozeß.** 30. Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877. — 31. Einführungsgesetz dazu vom 27. Januar 1877. — 32. Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877. (Mit dem Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes, vom 21. Juni 1869.) — 33a. Einführungsgesetz dazu vom 30. Januar 1877. — 33b. Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung, v. 17. Mai 1898. — 33c. Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896. — 34. Gesetz, betr. die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890. — 35. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. — 36. Einführungsgesetz dazu vom 24. März 1897. — 37. Konkursordnung vom 10. Februar 1877. — 38a. Einführungsgesetz dazu vom 10. Februar 1877. — 38b. Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betr. Aenderungen der Konkursordnung, vom 17. Mai 1898. — 39. Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879. — 40. Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878. — 41. Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879. — 42. Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878. — 43. Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878. — 44. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878. — 45. Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879.

Nachtrag. 46. Verordnung, betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899. — 47. Bestimmungen über das Vereinsregister und das Güterrechtsregister vom 12. März 1898. — 48. Bekanntmachung, betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem Register, vom 1. Juli 1899. — 49. Gesetz, betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, vom 22. Juni 1899. — 50a. Gesetz, betr. Abänderung und Ergänzung des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, vom 2. Juli 1899. — 50b. Verordnung, betr. die Vereinigung von Wohnplätzen in den Schutzgebieten zu kommunalen Verbänden, vom 3. Juli 1899. — 51. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899.

52. Sachregister.

Sämmtliche Gesetze sind in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung zum Abdruck gelangt.

„Das Inhaltsverzeichniß mit über fünfzig Nummern von Gesetzen, welche jeden Moment zur Hand sein müssen, zeigt die praktische Nützlichkeit der Sammlung. Die Zusammenstellung des ganzen Rechtsstoffes in der neuen Fassung bietet eine erhebliche Erleichterung seiner Anwendung und ist daher verdienstvoll. Der klare Druck und die gute Ausstattung qualifiziren die Sammlung zu einer Textausgabe, welche alle Empfehlung verdient." Badische Rechtspraxis.

„Erfreulicher Weise ist das Werk noch rechtzeitig fertiggestellt worden. Es enthält das gesammte reichsgesetzliche Material, betreffend bürgerliches Recht, Handelsrecht, Gerichtsverfassung und Civilprozeß, im Ganzen 55 Gesetze und Verordnungen, in einem Bande vereinigt und versehen mit erläuternden Anmerkungen, die für den ersten Gebrauch völlig ausreichen. Besonders werthvoll ist auch das Sachregister, das ganze Reichs-Civilrecht im dargelegten Sinne umfassend. Wir stehen nicht an, das überaus wohlfeile Buch als ganz unentbehrlich für den Praktiker zu bezeichnen." Leipziger Zeitung.